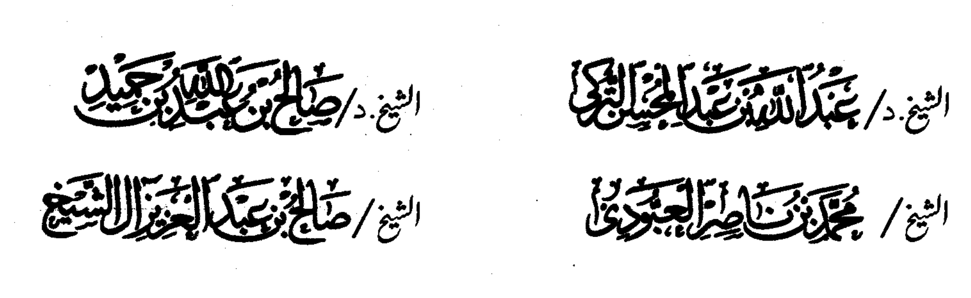


المعاملات المالية

أصالة ومعاصرة

تقديم أصحاب المعالي



الشيخ د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي — الشيخ د/ صالح بن عبد الله بن حميد

الشيخ/ محمد بن ناصر العبودي — الشيخ/ صالح بن عبد العزيز آل الشيخ

تأليف

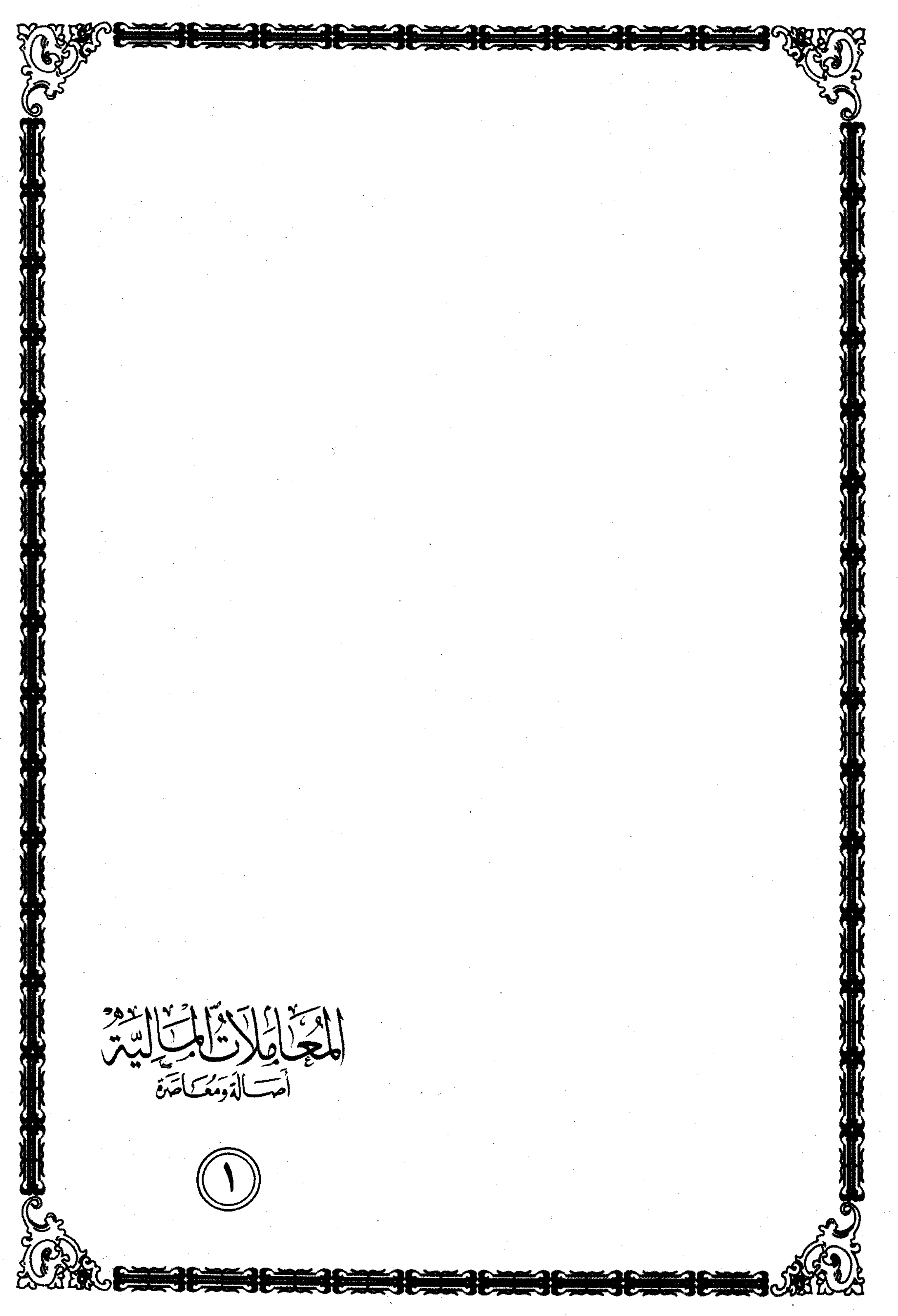
دبيان بن محمد الدبيان

المجلد الأول

ح دبيان بن محمد الدبيان، ١٤٣٢هـ
فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر
الدبيان، دبيان محمد
المعاملات المالية أصالة ومعاصرة. /دبيان محمد الدبيان .-
الرياض، ١٤٣٢هـ
٥٤٨ص ؛ ١٧×٢٤سم.
ردمك: ٨ ـ ٧٤٨٠ ـ ٠٠ ـ ٦٠٣ ـ ٩٧٨ (مجموعة) ج١
١ ـ المعاملات (فقه إسلامي) أ. العنوان
ديوي ٢٥٣ ١٤٣٢/٤٧٠٦

١٤٣٤ هـ
الطبعة الثانية

للطلب الاتصال
بالاستاذ / فهد بن عبد العزيز الجوعي
ت/ ٠٠٩٦٦٥٠٤٨٨١١٩٤



المعاملات المالية

أصالة ومعاصرة

١

تقريظ معالي فضيلة شيخنا
د. عبد الله بن عبد المحسن التركي

الأمين العام لرابطة العالم الإسلامي

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين،،، أما بعد:

فقد اطلعت على المشروع الفقهي الذي أعده الأخ الأستاذ دبيان بن محمد الدبيان، وسماه (المنظومة في عقود المعاوضات المالية)(١)، فألفيته موسوعة فقهية قيمة في مبناها ومعناها، فقد نظم فيها المسائل الفقهية في سلك من الأبواب والفصول والمباحث والفروع والمطالب، وسلك في عرض تفاصيلها مسلك الاستيفاء والاستقصاء لأقوال الفقهاء وفاقًا وخلافًا، وناقشها مناقشة منصفة لم يتعصب فيها لمذهب بعينه، ولا قدم فيها قولًا على قول إلا بحجة اقتضت لديه التقديم، فهو يدور مع الدليل حيث دار، ويرجح ما يؤيده الكتاب والسنة من ظاهر نصوصهما، ولا يتكلف تأويلها إلا حيث يكون التأويل سائغًا متعينًا.

وقاده هذا الانعتاق من ربقة التقليد، وسلوك مسلك الاجتهاد في البحث والموازنة والترجيح إلى مناقشة بعض الاختيارات الفقهية في أدب جم، ومخالفة قرارات بعض المجامع الفقهية في بعض المسائل مع العناية بفقه التابعين، وأهل الحديث والمدرسة الظاهرية، وكان مراعيًا شروط البحث العلمي الأكاديمي في

---

(١) كان هذا هو الاسم المختار للمشروع أول الأمر، ثم غيرته إلى (المعاملات المالية أصالة ومعاصرة) وذلك باقتراح من بعض طلبة العلم، فجزاه الله خيرًا.

تحرير أقوال المذاهب، فينسبها لأصحابها من مصادرهم، لا من مصادر مخالفيهم، ولا يذكر قولًا إلا مقرونًا بدليله الذي استدل به قائله إذا وقف عليه ما أمكن مع بيان وجه دلالته على المطلوب، وتوظيف القواعد الفقهية في سياق التعليل ومثاني الاحتجاج والتقوية والترجيح، وربما استدل للقول من عنده متى لم يقف على دليل لقائله، وكان يمكنه الاستدلال له دون تكلف ولا تعسف.

ولم يقتصر على المسائل المنصوص عليها في كتب الفقهاء الأقدمين، بل تعرض للقضايا المعاصرة التي طرأت على المعاملات المالية، وأصبح الناس محتاجين فيها لبيان حكمها من الحل والحرمة والصحة والفساد حتى يكونوا على بينة من أمرهم، وفقه من دينهم، وتجري معاملاتهم على مقتضى الشرع الحنيف.

واقتضاه التتبع للقضايا المعاصرة تتبعًا للبحوث العلمية المتخصصة المتصلة بموضوعاتها كالرسائل الجامعية والبحوث المنشورة في المجلات الفقهية، والأعمال العلمية للمجامع الفقهية، وفتاوى اللجان الشرعية في المصارف الإسلامية، وغير ذلك.

فظهرت في أبحاثه تسميات جديدة في الأبواب زائدة على ما في كتب المتقدمين، كالمعاملات المصرفية، وأحكام سوق المال، وتسميات جديدة في العقود، كعقد المقاولة، وعقد التوريد، وعقد المناقصة، وعقد التأمين، وتسميات جديدة في الحقوق، كالاسم التجاري، وحق المؤلف، وبراءة الاختراع، وتسميات جديدة في القبض، كقبض الأسهم، والقبض عن طريق القيد المصرفي، وقبض الشيك، وقبض الأوراق التجارية.

لقد جاءت هذه المعلمة حافلة بالفقه وما يتصل به من آيات الأحكام وأحاديثها، واستثمار القواعد الفقهية، وتمهيد مسالك الاستدلال وطرق

الترجيح، كما اشتملت على تقديم بدائل شرعية للمشكلات الناشئة عن النظام الرأسمالي القائم على النظام الربوي في التمويل والتعامل.

والنظام المالي الإسلامي الذي تملكه الأمة الإسلامية وأمامها اليوم فرصة سانحة لعرضه على العالم يقوم على أساس أخلاقية من إقرار العدل، ومنع الظلم والاحتكار والغش والخلابة والاستغلال، وإقامة التوازن بين حاجات السوق وحق التأجر، وبين حماية المستهلك.

فأسال الله تعالى أن يعمم النفع بهذا العمل العلمي المتميز، ويبسط له القبول، ويكتب لصاحبه الأجر الجزيل على ما بذل فيه من جهد تنوء بمثله العصبة من الباحثين، ويزيده توفيقًا وتسديدًا حتى يتم ما شرع فيه، ويوفي به على الغاية. والله الموفق.

د عبد الله بن عبد المحسن التركي

الأمين العام لرابطة العالم الإسلامي

تقريظ معالي فضيلة الشيخ
الدكتور صالح بن عبد الله بن حميد

رئيس مجلس القضاء الأعلى في المملكة العربية السعودية
وإمام وخطيب الحرم المكي الشريف
ورئيس مجلس الشورى السعودي سابقًا

الحمد لله رب العالمين، خلق فقدر، وشرع فيسر، والصلاة والسلام على نبينا محمد بشَّر وأنذر، وعلى آله وأصحابه والتابعين بإحسان إلى يوم المحشر.

أما بعد:

فإن شريعة الإسلام غاية في الوفاء بحاجات الناس في ضبط عقودهم، وسائر شؤون حياتهم بأحكامها الصالحة لكل زمان ومكان، فهي خاتمة الشرائع الإلهية المستوعبة أمور الحياة المتجددة وتطورها، هادية مرشدة، قال تعالى: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ تِبْيَٰنًا لِّكُلِّ شَىْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ﴾ [النحل: ٨٩].

ولعل وقائع المعاملات المالية وصورها في الحياة هي الأوسع انتشارًا بين الناس عامة، فلكل منهم وسيلته وسبيله نحو هدفه، إلا الإنسان المسلم خاصة فلا وسيلة له، ولا سبيل، ولا هدف إلا ما تأخذه به هذه الشريعة المطهرة من أحكام تطلق طاقاته وإمكاناته، وتضبط ميوله وشهواته بغير مصادمة لفطرة، ولا إجحاف بحقوق، بل تدفعه نحو صلاحه وسعادته ليس وحده، وإنما الأمة كلها في الحياتين الدنيا والآخرة.

لقد قررت الشريعة الإسلامية في الإنسان غريزته نحو المال: ﴿وَإِنَّهُۥ لِحُبِّ ٱلْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾ [العاديات: ٨]، وأسندت إليه تملكه بالحيازة، ودعت إلى المحافظة عليه، وصانت حق ملكيته باعتباره ضرورة من ضرورياته كنفسه وعرضه، وحرمت الاعتداء عليه، ولكنها في ذات الأمر ضبطت فيه غريزته، فهذبت هذه النفس المسلمة بفرائض ونوافل وأحكام وحدود تربط هذا المال بأصول العقيدة والأخلاق، ودوره في الحياة لتحرر الإنسان من عبودية المال، وتسمو بغريزة حبه فتضعه وسيلة في يده تدور بينه وبين الآخرين ﴿تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾ في تداول مشروع متوازن يحقق أهداف الجميع ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ [الطلاق: ٧].

ولهذا كان لنظام الإسلام المالي وفقهه الاقتصادي أكبر الأثر في إعمار الحياة بإصلاح النفوس البشرية التي التزمت به دينًا، فأعطت ما عليها وأخذت ما لها بوجه الحق، ثم عاملت بالفضل وتطوعت بالبذل، وسارعت بالإنفاق في وجوه الخير، ولبت حاجة الإنسان بسد خلة المعوز أيًا كان، فلم تعق الحاجة مقصده وهدفه المشروع في الحياة.

إن فقه المعاملات المالية في الإسلام يعتبر المال - كسائر ما في الحياة - مملوكًا لله الخالق وحده تعالى ملكية حقيقية، ثم هو بيد الإنسان مستخلف فيه، يلتزم أمره ونهيه أنى يتوجه، بلا إهمال أو تجاوز؛ لإيمانه بخالقه ومالكه ورازقه القائل: ﴿ءَامِنُوا۟ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَأَنفِقُوا۟ مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ ۖ فَٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ مِنكُمْ وَأَنفَقُوا۟ لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ﴾ [الحديد].

ومن جهة أخرى فإن أحكام الفقه الإسلامي جميعها تتغيا تحقيق المصالح

العامة والخاصة، ودفع المفاسد كذلك، فينتشر العدل ويمتنع الظلم، قال تعالى: ﴿۞ أَوْفُوا۟ ٱلْكَيْلَ وَلَا تَكُونُوا۟ مِنَ ٱلْمُخْسِرِينَ ﴿١٨١﴾ وَزِنُوا۟ بِٱلْقِسْطَاسِ ٱلْمُسْتَقِيمِ ﴿١٨٢﴾ وَلَا تَبْخَسُوا۟ ٱلنَّاسَ أَشْيَآءَهُمْ وَلَا تَعْثَوْا۟ فِى ٱلْأَرْضِ مُفْسِدِينَ﴾ [الشعراء: ١٨١ - ١٨٣].

ومما يتأكد في عصرنا الحاضر حاجته إلى أن تسود أحكام هذه الشريعة الإسلامية، خاصة في أبواب المعاملات المالية ونوازلها المستجدة، والتي تقتضيها بحثًا متخصصًا عميقًا يفي دائمًا بالحاجات، ويواكبها بمرونة في الأحكام والقواعد الكلية، تعطي الفقيه صلاحية بحثها، والاجتهاد لإقرارها شرعًا أو المنع منها.

فعلى العلماء الفقهاء تقع مسؤولية تقديم نظام الشريعة الإسلامية إلى أهل العصر الباحثين عن قيم حضارية يشترك عقلاء الناس - بله المسلمون - في طلبها، ويتوقون إلى التزامها من العدل والمساواة والتعاون على العمران، فالشريعة المطهرة بأنظمتها كافة صالحة لكل زمان ومكان، قال تعالى: ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَـٰكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَـٰلَمِينَ﴾ [الأنبياء: ١٠٧].

وها هو المؤلف فضيلة الشيخ دبيان بن محمد الدبيان ـ وفقه الله ـ يقوم ببعض هذا في موسوعاته التي بين يديك من تكييف للمسألة من الناحية الفقهية وتحريرها، وتخريجها على المسائل التي ذكرها المتقدمون، ثم عرضها على القواعد الفقهية، إلى أن تم ترجيح ما يراه، كما أنه يقوم بربط ما يراه بالمسائل القديمة لاعتبارات رأى وجاهتها، فوحد الأبواب الفقهية، وذكر تحت كل باب ما يدخل فيه من المعاملات القديمة، ثم النوازل المعاصرة باعتبار أن الاتصاف بالمعاصرة أمر نسبي، وأن المعاملات المالية من طبيعتها التجدد، فعند الكلام على قبض المبيع - مثلًا - ذكر المعاملات القديمة، ثم ألحق بها قبض المسائل

المعاصرة، مثل قبض الأسهم، وقبض الشيك، والأوراق التجارية، والقبض عن طريق القيد المصرفي، وهكذا الشأن في جميع الأنواع المالية، وكل مسائل البحث.

كما بين أن فهم المعاملات المعاصرة لا يمكن أن يكون سليمًا دون فهم المعاملات القديمة؛ لأن الحكم فيها قائم على دواع من المحاذير والمناهي، والقواعد والضوابط التي منها المتفق عليه والمختلف فيه، ومن العسير أن يستوعب باحث معاملة معاصرة دون الاستعانة بتلك القواعد والضوابط، لذا حرص المؤلف على عدم الخروج عليها تحت أي ضغط أو اسم.

وتطرق في بحثه لآراء كبار الأئمة واختياراتهم الفقهية كشيخ الإسلام ابن تيمية - يرحمه الله - ولم يتفق معه في مسألة جواز بيع الحلي بالذهب متفاضلًا ونسيئة، كما لم يتفق معه في أن الكيل جزء من علة الربا في الأصناف الأربعة المذكورة في الحديث الشريف، وفي مسائل أخرى.

كذلك لم يتفق مع قرارات المجامع الفقهية في بعض المسائل، كمنع شراء الذهب أو الفضة بالبطاقة غير المغطاة، واختلف معها في تكييف بعض العقود، وجواز أخذ المصارف عمولات؛ وغيرها.

ولم يتعمد الباحث اختيار القول الأيسر ليسره فحسب، كما أنه لم يحرص على الأشد؛ لأنه أحوط، فالاحتياط ليس ملازمًا للشدة، بل إنه - كما يقول - حرص على تعظيم النص الشرعي، وعدم تأويله إلا أن يكون التأويل سائغًا حرصه على عدم إحداث قول جديد في مسألة فقهية سابقة، التزامًا بالضوابط والقواعد الفقهية الثابتة.

وثمت جهد علمي آخر للمؤلف يتعلق بتمحيص أدلة الأحكام من نصوصها في السنة النبوية والآثار التي جمعها، وأفردها باسم الموسوعة الحديثية ضمن

مشروعه الظخم، فقد عني بدراسة الحديث النبوي، وتلقيه - خلال الطلب في المسجد - على أهل الاختصاص، فتوجه للممارسة والنظر في أحكام المتقدمين، وسبر منهجهم في تعليل الأحاديث وتصحيحها، واعتنى بالمتون والعلل خاصة؛ ليبني حكمه عليها تضعيفًا وتصحيحًا، ثم أدلة.

وأخيرًا يقدم المؤلف الموسوعة الرابعة، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، التي أودعها قواعد وضوابط فقهية كثيرة مما يتداولها الفقهاء استدلالًا أو ردًا، وقد انتخب من هذه القواعد والضوابط ما جعله في مدخل أمهات المسائل الفقهية؛ لتعين القارئ على فهم المسألة قبل الولوج فيها، وتكون كالترجمة لها، وقد بذلك جهدًا كبيرًا، واستغرق فترة من الزمن ليجز له ما أمَّل، ويفوز بأجر أو أجرين إن شاء الله تعالى، قاصدًا وجه الله الكريم، فتقبل الله منا ومنه الجهد، ونفع به، وأجزل الثواب ذخرًا عنده سبحانه، وذكرًا بين العلماء العاملين، ودعاء من القراء والمطالعين، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين. وصلى الله على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه، وسلم.

حرره

د. صالح بن عبد الله بن حميد

عرض معالي فضيلة
الشيخ الدكتور محمد بن ناصر العبودي

الأمين العام المساعد لرابطة العالم الإسلامي

والرحالة المشهور والنسابة والداعية المعروف

عرض معالي الشيخ هذه الموسوعة في جريدة الجزيرة في مقال طويل، قدم قراءته وتقويمه للمشروع في عددها الصادر في يوم الأحد: ١٦/٨/١٤٢٩ هـ الموافق ١٧/٨/٢٠٠٨م وقد اخترت من عرض معاليه للقارئ الكريم هذه السطور:

قال معاليه: عمل عظيم: إن القارئ للموسوعة الفقهية هذه سيقول بلسان حاله أو مقاله: (إن في الزوايا خبايا، وإنه بقي من فحول الفقهاء بقايا). وإن مؤلفها العالم الفقيه الفذ الشيخ دبيان بن محمد الدبيان هو من بقايا الفحول من أولئك العلماء الذين نذروا أنفسهم وأوقاتهم وما يملكون من غير ذلك للبحث العلمي الخالص. . . . . والمؤلف ليس جماعًا لأقوال العلماء بحشد آرائهم، ونقل أفكارهم حول النصوص فقط، وإنما هو نقادة بالدليل والتعليل لأقوال الفقهاء من المتقدمين والمتأخرين ممن له قول جدير بالانتباه.

ومع أن المؤلف نشأ حنبليًا كما تدل عليه طبيعة نشأته في مدينة بريدة مركز القصيم، وكبرى مدنها، حيث المذهب الحنبلي هو السائد، وحسبما هو معروف فإنه كان موسوعي النظرة، يورد أقوال العلماء والفقهاء من سائر المذاهب ويناقشها، وينصر ما كان منها أسعد بالدليل من غيره. . .

والحقيقة أن هذا العمل عظيم فريد في بابه، لا يكاد المرء يجد له مثيلًا بل إنه يعجب كيف لانت هذه المباحث الفقهية العويصة لفكر المؤلف وفقهه، وسهلت على قلمه حتى استطاع أن يجلوها كاملة أو قريبة من أن تكون كاملة، ومفصلة وموضحة بما ليس عليه من مزيد. فجزاه الله خيرًا.

ثم إن الواحد منا يكبر في هذا الرجل ما عرفه عنه، وأشار إليه في مقدمة كتابه، وهو أنه تفرغ لهذا العمل تفرغًا كاملًا، وقطع علاقته من غيره من أسباب الدنيا.

ونحن نسأل الله ﷻ أن يثيبه، وأن يؤيده بالصحة والعافية، ويزيد فهمه استنارة، وقلمه قوة ونشاطًا حتى يكمل هذه الموسوعة الفقهية الفريدة[1]. اهـ



(١) وقد أفرد معاليه ترجمة وافية وشاملة للباحث في كتابه الموسوعي الماتع والفريد في بابه (معجم أسر بريدة) والذي ألفه معاليه من غير أن يرجع فيه إلى كتاب مطبوع أو مخطوط، فجاء في ثلاثة وعشرين مجلدًا. وكانت ترجمة الباحث في هذه الموسوعة في المجلد السادس (ص٤٥ - ٦٩).

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين الرحمن الرحيم مالك يوم الدين، والصلاة السلام على المبعوث رحمة للعالمين، نبينا محمد، وعلى آل بيته، وأصحابه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وسلم تسليمًا كثيرًا، أما بعد:

فإن العالم اليوم أحوج ما يكون إلى نظام مالي يبشر الناس بإقامة العدل فيما بينهم، ويحفظ لهم أموالهم، ويحصنهم من الكوارث والهزات التي تصيب أسواقهم وتجارتهم، ويمنع الاحتكار والاستغلال، ويردع المتلاعبين، ويعمل بتوازن بين المحافظة على أسواق المسلمين من جهة، وبين حماية حق المستهلك، وحاجته إلى السلع من جهة أخرى.

إن على الفقهاء اليوم مسئولية كبيرة بتقديم النظام الإسلامي إلى البشرية باعتبار أن العدل قيمة إنسانية ضرورية يطلبها كافة الناس وعقلاؤهم، وهذا النظام الإسلامي يتمتع بمرونة عالية جدًا، من ذلك:

(١) أن النظام المالي الإسلامي قائم على الأخلاق، ومراقبة الخالق، قال ﷺ: «**من غشنا فليس منا**». رواه مسلم(١).

والمسلم يعلم أنه سوف يحاسب على هذا المال من جهتين: جهة الكسب، وجهة الإنفاق، قال ﷺ: «**لا تزول قدما عبد حتى يسأل عن أربع**»، وذكر منها: عن ماله من أين اكتسبه، وفيم أنفقه(٢).

---

(١) صحيح مسلم (١٠١).

(٢) روي من حديث أبي برزة، ومن حديث ابن مسعود، ومن حديث أبي سعيد، ومن قول معاذ بن جبل، وهو صحيح بشواهده.

وقدم مفهومًا للمفلس كما في حديث أبي هريرة عند مسلم: **أتدرون ما المفلس؟ قالوا: المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع. فقال: إن المفلس من أمتي يأتي يوم القيامة بصلاة وصيام وزكاة، ويأتي قد شتم هذا، وقذف هذا، وأكل مال هذا. . . . فيعطى هذا من حسناته، وهذا من حسناته فإن فنيت حسناته قبل أن يقضى عليه أخذ من خطاياهم فطرحت عليه، ثم طرح في النار**[١].

(٢) أن الإسلام لم يحد المعاملات المالية بحد معين، وإنما ترك للناس حق التطوير والتجديد وإحداث المعاملات والعقود والشروط الجديدة بشرط أن تكون تلك المعاملات وفق القواعد والضوابط الشرعية التي تعمل على إقامة العدل بين الناس، فالأصل في المعاملات في النظام الإسلامي الحل والصحة، فالحلال محدود، وليس معدودًا، والحرام دائرته ضيقة جدًا، ولا يحرم شيء منه إلا لأمر ظاهر معقول المعنى.

وهو بهذه المرونة يعطي الفقيه صلاحية غير محدودة للاستفادة من المعاملات المالية المستجدة والمعاصرة، والقبول بكل ما يمكن أن يكون مقبولًا منها شرعًا، والترحيب به باعتبار أن المعاملات المالية هي حاجة إنسانية تحقق الرفاه والنمو الاقتصادي للإنسان وأن التدخل الشرعي فيها إنما جاء ليحقق العدل، ويمنع الظلم، والاحتكار، والاستغلال، وهذه قيم إنسانية، يشترك فيها العقلاء فضلًا عن المسلمين. فعلى الفقيه أن يبذل كل ما في وسعه، وأن يستفرغ كل جهده للوصول إلى بديل إسلامي لما هو محرم منها، بعد التوصل إلى تصور صحيح نقطع من خلاله، أو يغلب على ظننا بأنه محرم.

(٣) أن النظام المالي الإسلامي ليس من شرط قبوله التعبد، بل هو صالح

---

(١) صحيح مسلم (٢٥٨١).

للبشرية كافة على اختلاف مللهم ونحلهم، وصدق الله: ﴿وَمَآ أَرۡسَلۡنَٰكَ إِلَّا رَحۡمَةٗ لِّلۡعَٰلَمِينَ ١٠٧﴾ [الأنبياء: ١٠٧]، فالمسلم كما هو مطالب أن يتعامل بهذا النظام مع أخيه المسلم، هو محكوم بهذا النظام إذا تعامل به مع باقي الطوائف الأخرى.

(٤) النظام المالي الإسلامي نظام وسطي قائم على التوازن:

ففي الوقت الذي يعطي السوق الحرية المشروعة، وينهى عن التدخل في السوق إذا كان هذا التدخل قائمًا على الإكراه والظلم، كما امتنع الرسول ﷺ عن التسعير، وقال: إن الله هو المسعر القابض الباسط.... وهو حديث صحيح[(١)].

خاصة إذا كان ارتفاع السلع راجعًا إلى قلة العرض، أو كثرة الطلب، ولم يكن ناجمًا عن الاحتكار والجشع.

وقال ﷺ في الحديث الصحيح: «**دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض**». رواه مسلم[(٢)].

وكما حرم الإكراه على البيع، قال تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٣٩].

وقال ﷺ كما في حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: قال رسول الله ﷺ: **إنما البيع عن تراض**[(٣)]. وهو حديث حسن.

---

(١) رواه أحمد (٣/ ٢٨٦) وأبو داود (٣٤٥١) والترمذي (١٣١٤) وابن ماجه (٢٢٠٠) وغيرهم.

(٢) صحيح مسلم (١٥٢٢).

(٣) سنن ابن ماجه (٢١٨٥).

في الوقت نفسه لا يسمح بالاحتكار، ويجبر المحتكر على بيع ماله عند حاجة الناس إليه.

وقدم الشارع منفعة السوق على منفعة الجالب، فنهى النبي ﷺ عن بيع الحاضر للبادي، والحديث متفق عليه.

قال المازري: «لما كان البادي إذا باع بنفسه انتفع جميع أهل السوق، واشتروا رخيصًا، فانتفع به جميع سكان البلد، نظر الشارع لأهل البلد على البادي»[١].

وفي ذلك فائدتان للسوق وللتجار.

أما الفائدة للتجار: فإن أهل البادية يستعجلون الذهاب إلى أماكنهم، فيبيعون برخص، فينتفع الباعة منهم، ولذلك قال ﷺ: «**دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض**».

و **أما الفائدة للسوق:** فإن التاجر إذا اشترى برخص باع برخص، وإذا باع برخص استفاد عامة الناس، وكثر الطلب على السلع، بخلاف ما إذا كانت قيم السلع مرتفعة، فإن كثيرًا من الناس قد لا يستطيع الشراء حينئذ.

قال الشافعي: «أهل البادية يقدمون جاهلين بالأسواق، وبحاجة الناس إلى ما قدموا به، ومستثقلين المقام، فيكون أدنى من أن يرتخص المشترون سلعهم، فإذا تولى أهل القرية لهم البيع، ذهب هذا المعنى...»[٢].

ونهى النبي ﷺ عن تلقي الجلب حتى يهبط إلى السوق، رواه مسلم[٣].

---

(١) شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ١٦٣).

(٢) مختصر المزني (ص٥١٨).

(٣) صحيح مسلم (١٥١٩).

(٥) مما يميز النظام الإسلامي أنه جعل هناك تلازمًا بين الربح وبين الضمان. فمنع من الربح في المعاملات المالية التي لم تدخل ضمان العاقد. وبهذا أغلق أكثر المعاملات الآجلة التي يتعامل بها النظام الرأس مالي في أسواق البورصة.

(٦) منع النظام الإسلامي من التعامل بالديون، فمنع من بيع الدين بالدين. وأكثر المعاملات المالية الآجلة في سوق البورصة العالمية هي من هذا القبيل.

(٧) اشترط الإسلام في المعاملات المالية أن يكون محل التعاقد معلومًا لكل من المتعاقدين، فلا يجوز أن يكون الثمن أو المثمن مجهولًا، فأغلق باب القمار والميسر، ومنع المضاربات على هبوط الأسعار وارتفاعها.

(٨) يشترط في النظام المالي الإسلامي أن يكون المبيع إذا كان معينًا أن يكون مملوكًا للبائع أو مأذونًا له في البيع، وبهذا الشرط حد من التلاعب والمضاربات على جني الأرباح دون أن يكون هناك سلع حقيقية.

(٩) نهى النبي ﷺ عن الغرر، كما نهى الإنسان عن بيع ما ليس عنده، وما لا يقدر على تسليمه، ومنع الجهالة في المبيع أو في الثمن، ونهى عن بيع المبيع قبل قبضه، وحرم القمار والربا وارتكاب المخاطر العالية وتعريض أموال الناس للضياع.

(١٠) حرم الإسلام كل أوجه الكسب غير المشروع، كتحريم الرشوة، وأكل أموال الناس بالباطل، واستغلال أصحاب النفوذ نفوذهم لأكل أموال الناس بغير حق.

(١١) لئن كانت المعاملات بالأمس في عصر الوحي بسيطة، وليست بالتعقيد التي هي عليه اليوم إلا أن الفقه الإسلامي وضع من الضوابط والقواعد التي استنبطها الفقهاء من عمومات النصوص ما تستقيم لها أي سوق يقام في العالم بصرف النظر عن الزمان والمكان.

فقال ﷺ: لا ضرر ولا ضرار، وهو حديث حسن بشواهده، واعتبر بعض الفقهاء أن هذا الحديث نصف الفقه، لأن الأحكام إما لجلب مصلحة، أو لدفع مضرة[١].

ومن أجل دفع الضرر شرع الشارع أمورًا ومنع من أخرى من باب الوقاية من الوقوع في الضرر، ورفعه، أو تخفيفه إذا وقع، وقطع كل ما يؤدي إلى العداوة والبغضاء.

ففي ميدان الحقوق الخاصة جعل الشارع حرمة المال كحرمة النفس والعرض: «**إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام**».

وشرع الرد بالعيب لإزالة الضرر الواقع على المشتري.

وشرع جميع أنواع الخيارات لإزالة الأضرار الواقعة على أحد المتعاقدين، كخيار المجلس، والعيب، والغبن، والتدليس.

وشرع الحجر بسائر أنواعه منعًا للضرر الحاصل من سوء التصرف، أو الضرر اللاحق للدائنين.

وشرع الشفعة لدفع ضرر الشريك.

وحرم التبذير والإسراف كما حرم التقتير والشح.

وهذه أمثلة لما شرعه الشارع في سبيل منع الضرر ودفعه وتخفيفه، وهي أمثلة تدل على غيرها.

وأما ما منعه الشارع في سبيل الوقاية من الوقوع في الضرر.

فيدخل فيه كل ما يضر الإنسان نفسه: سواء كان الضرر في دينه كبيع وشراء

---

(١) شرح الكوكب المنير (ص٥٩٨).

الأفلام الخليعة التي تخدش الحياء، ومثله بيع كتب أهل البدع، والروايات الماجنة، والمجلات الخليعة.

أو يضر المشتري في بدنه، أو في ماله، مثل بيع وشراء الخمر، والحشيش والمخدرات، والدخان، وسائر المحرمات.

أو يلحق ضررًا بالسوق. مثل الاحتكار - والتسعير - وتلقي الجلب - وبيع الحاضر للبادي.

أو يلحق ضررًا بأخيه المسلم: كالبيع على بيعه - وبيع المضطر - وأخذ الربا - وغبن المسترسل - والنجش، وحرم الغش، والتدليس (كالتصرية)، وحرم القمار والميسر، وأكل أموال الناس بالباطل.

أو يعين على باطل، مثل بيع السلاح في زمن الفتنة، وبيع العنب لمن يعصره خمرًا.

وهذه إشارات مختصرة لملامح النظام المالي الإسلامي.

وقد كان مشروع عقود المعاوضات المالية محاولة مني لتقديم هذا النظام الإسلامي للمشتغلين بالفقه والمال على طريقة البحوث المعاصرة، وقد اشتملت الموسوعة على العقود التالية:

العقد الأول: عقد البيع:

وهو أوسع عقود المعاوضات، وترجع إليه غالب عقود المعاوضات، فكأن عقد البيع جنس، وغيره من عقود المعاوضات أنواع له، كالسلم، والاستصناع، والإجارة، ونحوها.

العقد الثاني: عقد السلم.

العقد الثالث: عقد الاستصناع.

العقد الرابع: عقد المقاولة.

العقد الخامس: عقد المناقصة.

العقد السادس: عقد التوريد.

العقد السابع: عقد الإجارة.

العقد الثامن: عقد الجعالة.

العقد التاسع: عقد الشفعة.

العقد العاشر: عقد الحوالة.

وقد ألحقت عقد الحوالة بعقود المعاوضات؛ لأن فيه شوب معاوضة؛ ولأن هناك من الفقهاء من اعتبر الحوالة من قبيل بيع الدين بالدين، وإن كان عقد الحوالة صالحًا لأن يكون من عقود الإرفاق.

العقد الحادي عشر: عقد الربا.

وقد أخرت عقد الربا عن العقود السابقة خلافًا لتنظيم كتب الحنابلة؛ لأن الله لم يجعل الربا بيعًا، وأنكر على الذين قالوا: ﴿إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]. وقال ﷻ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

العقد الثاني عشر: عقد الصرف.

وهذا العقد لا ينفك عن عقد الربا لتداخل أحكامهما، وإن كان عقد الصرف قد يكون عقدًا ربويًا، وقد يكون عقد مباحًا إذا توفرت فيه شروط الصحة.

العقد الثالث عشر: أهم المعاملات المصرفية.

وقد رأيت أن ألحق المعاملات المصرفية بعقد الصرف للشبه بينهما، ولكون الصرف من أهم المعاملات المصرفية اليوم.

العقد الرابع عشر: دراسة المعاملات التي تجري في سوق المال (البورصة).

وقد رأيت أن ألحقه بالمعاملات المصرفية باعتبار أن حركة البيع والشراء تديره المصارف السعودية، وإن كان هذا ليس لازمًا كما في الأسواق العالمية الكبيرة.

العقد الخامس عشر: عقد الشركات.

وقد أتبعت عقد الشركات بسوق المال؛ لأن سوق المال مرتبط بشركات المساهمة، وهي نوع من الشركات الحديثة.

وعقود الشركات من العقود المختلف فيها، هل هي من عقود المعاوضات، أو هي عقود قائمة بذاتها تختلف عن عقود المعاوضات، وقد ألحقتها بعقود المعاوضات اتباعًا لمذهب المالكية، والله أعلم.

وكان منهج البحث كالتالي:

❏ الموضع الأول: المسائل الفقهية:

هذا هو موضوع المشروع، ومادته العلمية. وقد اعتنيت قدر الإمكان بالمسائل الفقهية، وتقديمها على شكل أبواب وفصول ومباحث، وفروع، ومسائل ومطالب... الخ على طريقة الفقه المعاصر.

وكانت عناية البحث بالمسائل الفقهية: من خلال:

(١) قمت بترقيم المسائل الفقهية في البحث ورمزت للمسألة الفقهية بحرف (م) اختصارًا على الشكل التالي: [م - (رقم)] فالميم اختصار لكلمة (مسألة فقهية) والرقم يدل على رقم المسألة الفقهية في البحث، ولم أضع ترقيمًا إلا للمسألة الفقهية، أما التعاريف والتقاسيم والفروق والشروط إذا لم يكن لها أثر فقهي فقد تركتها دون ترقيم من أجل الوقوف على عدد المسائل الفقهية في البحث.

(٢) قمت بعرض الأقوال الفقهية الواردة في المسألة وحصرها ما أمكن.

وإذا كانت المسألة من المسائل التي تعرض لها فقهاؤنا المتقدمون فإنني أكتفي بهم عن الرجوع إلى أقوال المعاصرين.

وتكون مادة هذا البحث مستمدة من كتب التراث، والرجوع إلى أمهات كتب الفقه المعتمدة في كل مذهب مع العناية بفقه التابعين وأهل الحديث والمدرسة الظاهرية وغيرهم، وأراعي في ذلك شروط البحث العلمي في تحرير أقوال كل مذهب، فلا أنسب قولًا للحنفية اعتمادًا على ما ذكرته كتب المذاهب الأخرى، بل يكون الرجوع إلى مصادر الحنفية المعتمدة، وهكذا المنهج في تحرير أقوال المذاهب الأخرى.

(٣) أقوم بذكر أدلة كل قول إذا أمكن الوقوف على أدلتهم، وربما استدللت

للقول من عندي إذا لم يوقف على أدلة القول، وكان بالإمكان الاستدلال للقول بدون تكلف.

(٤) بيان ذكر وجه الاستدلال من الدليل إذا لم يكن ظاهرًا ليتبين للقارئ وجه الاستدلال من الدليل.

(٥) إن كان وجه الاستدلال قد اعترض عليه أوردت هذا الاعتراض، فإن كان الاعتراض مسلمًا جعلت هذا الاعتراض كالطعن في وجه الاستدلال، وإن كان الاعتراض غير مسلم أجبت عنه، وقد أترك مناقشة بعض الأدلة وإن كان القول غير مسلم؛ لأنه لا يلزم أن تكون الأدلة جميعها ضعيفة، فقد تكون للقول الضعيف أدلة قوية ولكني تركتها لما هو أقوى منها، وقد رغبت بهذا الفعل عن الإجابة على دليل قد لا تكون الإجابة عنه مقنعة للقارئ، وقد يملك غيري جوابًا عنها لم أقف عليه، والله أعلم.

(٦) الاهتمام بالقول الراجح من خلال مناقشة الأقوال الفقهية، وبيان القول الراجح، وسبب الترجيح، وقدمت القول الأقوى على القوي، والقوي على الضعيف بلا تحيز.

❑ الموضوع الثاني: المسائل النازلة (المعاصرة)

لم يكتف البحث بمسائل الفقه القديمة، بل تعرض البحث لكل ما يمكن عرضه من المسائل المعاصرة وقام بدراسة كل ما يمكن دراسته والوقوف عليه فيما كتب في هذه المسائل النازلة كالرجوع إلى الرسائل العلمية المطبوع منها وغير المطبوع، ومتابعة البحوث المنشورة في المجلات المتخصصة، والرجوع إلى بحوث المجامع الفقهية الإسلامية، ومتابعة فتاوى اللجان الشرعية في

المصارف الإسلامية، وقرارات ندوة البركة الخ. والاستفادة مما قرروه في هذه المسائل، لأتوصل بذلك إلى أمور منها:

* قمت بترقيم المسائل المعاصرة، ورمزت لها كالتالي (ن - رقم) فالنون اختصار لكلمة نازلة، يعقبها رقمها التسلسلي.

* توصيف المسألة من الناحية الفقهية وذلك بتحرير: هل المسألة معاملة مستحدثة، أو يمكن تخريجها على العقود المسماة في الفقه الإسلامي.

* حصر الأقوال الواردة في المسألة.

* عرض أدلة كل قول بعبارة واضحة مختصرة ما أمكن.

* إذا كان القول قد ورد عليه اعتراض أوردت ذلك الاعتراض، فإن كان الاعتراض قويًا قبلته، وإن كنت أرى أن الاعتراض غير وجيه قمت بالإجابة عنه، ومناقشته مناقشة علمية مع اتباع الأدب الواجب مع أهل العلم والفضل.

* تقديم القول الأقوى على القوي، والقوي على الضعيف.

* عرض النازلة على القواعد الفقهية المسلمة، وعدم الخروج على تلك القواعد أو كسر المسلمات الفقهية تحت أي ضغط من الضغوط.

* الاعتدال في الترجيح بين هذه الأقوال، فلا التشدد محمود، ولا التساهل وعدم الانضباط وكسر المسلمات مقبول كذلك.

* عرض هذه النازلة في مظانها في البحث وعدم إبرازها كمسألة مستقلة، وذلك يحقق فوائد منها:

أولًا: أن اتصاف المعاملة بالمعاصرة اتصاف نسبي، فالمعاملات المالية من طبيعتها التجدد، وقد تكون المعاملة معاصرة اليوم، وغدًا تكون قديمة بالنسبة إلى غيرها.

ثانيًا: اختلاف العلماء في بعض المعاملات، هل هي من العقود المسماة (العقود القديمة) أو من العقود المستحدثة، وفي أحيان كثيرة يكون اعتبارها من العقود المعاصرة ناتجا عن إحداث اصطلاح لها لم يكن معروفًا، وذلك مثل عقد التوريد، أو عقد المقاولة ونحوهما، فكوننا نذكر المسألة مع نظائرها أضبط وأفضل من جعلها في مباحث مستقلة من غير ربط بينها وبين مسائل الفقه الأخرى.

ثالثًا: ربط هذه المسألة النازلة بالمسائل القديمة يجعل القارئ يعرف دواعي الإباحة من التحريم في هذه النازلة، فمثلًا عقد التأمين، أوردته في مباحث الغرر، والغرر منه ما هو سائغ ومنه ما هو ممنوع ولم أذكره في عقود الربا. وعقد الحوافز التجارية، أوردته في مباحث القمار، وإن كان الأصل في الحوافز الحل والإباحة.

والاسم التجاري وحق المؤلف وبراءة الاختراع أوردته في مالية المنافع.

وعند الكلام على قبض المبيع أذكر المعاملات القديمة، ثم ألحق بها بعدها قبض المسائل المعاصرة، وذلك مثل: قبض الأسهم، والقبض عن طريق القيد المصرفي، وقبض الشيك، وقبض الأوراق التجارية، والشراء بالبطاقات الائتمانية فيما يشترط لصحته القبض، وهكذا الشأن في جميع المعاملات المالية المعاصرة. وهكذا في كل مسائل البحث.

رابعًا: المعاملة الواحدة قد أتعرض لها في أكثر من مناسبة فقهية، فإما أن تكرر الأبواب الفقهية تارة مع المسائل الفقهية القديمة، وتارة مع المسائل المعاصرة، أو توحد الأبواب وتذكر تحت كل باب ما يدخل فيه من المعاملات القديمة والمعاصرة، وقد رأيت أن توحيد الأبواب أفضل، وإن تكررت المسألة المعاصرة في أكثر من مناسبة مختلفة، فعند الكلام على قبض المبيع أورد كل ما

يتعلق بقبض المبيع من عقار ومنقول، وقديم ومعاصر، فأتكلم مثلًا عن قبض الأوراق التجارية عند الكلام على قبض المبيع، وعند الكلام على بيع الديون أورد مثلًا حكم خصم الأوراق التجارية، وهكذا.

خامسًا: أن فهم المعاملات المعاصرة لا يمكن أن يكون سليمًا دون فهم المعاملات القديمة؛ لأن المنع والإباحة في المعاملات المالية قائمان على دواع من المحاذير والمناهي والقواعد والضوابط منها المتفق عليه، ومنها المختلف فيه، ولا يمكن أن يستوعب باحث معاملة معاصرة دون الاستعانة بتلك القواعد والضوابط، وما جاء الخلل في بعض البحوث المعاصرة إلا لعدم استيعاب مثل تلك القواعد.

النظر في قرارات المجامع الفقهية، والاستفادة منها، وهي قرارات فيها خير كثير، وبحوث لأهل العلم والفضل إلا أن الصواب فيها أغلبي، وليس بلازم، وهذه القرارات يحتج لها، ولا يحتج بها.

❑ الموضوع الثالث: العناية بالأحاديث

الأحاديث التي احتج بها الفقهاء على المسائل الفقهية أوليتها عناية خاصة، من ذلك:

* نقلت الأحاديث والآثار بالأسانيد من أمهات كتب السنة، ولم أنقلها من الكتب الفقهية طلبًا لعلو الإسناد، وما لم أجده في كتب السنة نقلته من الكتب الفقهية وأشرت إلى أن هذا الحديث لا يوجد في كتب السنة، وحاولت تعزيز النتيجة بالنقل عن بعض الفقهاء الذين لهم عناية بالسنة كالزيلعي وابن حجر، وغيرهما.

* قمت بترقيم الأحاديث والآثار، ورمزت للحديث بحرف (ح) وللأثر بحرف (ث).

* لم يقتصر البحث على دراسة الأسانيد، بل وجه عناية خاصة بالعلل، وتتبع أقوال الأئمة المتقدمين في الحكم على الحديث، وأبرزت في البحث علة التفرد، وبينت منه ما كان محسوبًا على زيادة الثقة، وما كان شذوذًا يوجب رد الحديث، وإذا ظهر لي علة في الحديث أوردتها بحسب ما يقتضيه المنهج العلمي بحسب الاجتهاد.

وهذه أمثلة تكشف لك عن نظائرها في هذه الموسوعة فيما يتعلق بهذا الجانب:

* تضعيف زيادة (فله أوكسهما أو الربا) بتفرد يحيى بن زكريا بن أبي زائدة، ومخالفته لسبعة من الأئمة على رأسهم يحيى القطان، ويزيد بن هارون، وعبدة بن سليمان.

* تضعيف زيادة (من باع نخلًا فيها ثمرة قد أبرت) بتفرد عبد الرزاق عن معمر فيها، والمحفوظ (من باع نخلًا قد أبرت). فقد رواه محمد بن جعفر ووهيب كلاهما عن معمر مخالفين رواية عبد الرزاق.

كما رواه أخص أصحاب الزهري، ولم يذكروا ما ذكره عبد الرزاق، فرواه سفيان بن عيينة، والليث، ويونس، وابن جريج وابن أبي ذئب، وعبد الرحمن ابن نمر، وغيرهم.

* تضعيف زيادة (ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله) بتفرد عمرو ابن شعيب، عن أبيه، عن جده.

قال ابن عبد البر في التمهيد (١٤/ ١٨): «قوله: (لا يحل له أن يفارقه) لفظة منكرة، فإن صحت فليست على ظاهرها، لإجماع المسلمين أنه جائز له أن يفارقه لينفذ بيعه، ولا يقيله إلا أن يشاء، وفيما أجمعوا عليه من ذلك رد لرواية

من روى: (ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله) فإن لم يكن وجه هذا الخبر الندب، وإلا فهو باطل بإجماع».

وقال أيضًا (١٤/ ١٦): «حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله، فإن هذا معناه إن صح على الندب.... وقد كان ابن عمر رضي الله عنهما، وهو الذي روى حديث: البيعان بالخيار ما لم يفترقا إذا بايع أحدًا، وأحب أن ينفذ البيع مشى قليلًا، ثم رجع. ولو منع أحد العاقدين من التفرق حتى يقوم الآخر لكان في ذلك إضرار به ومفسدة راجحة».

قلت: لست أرد ما زاده عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده في هذا الحديث من جهة نكارة المتن، كما فعل ابن عبد البر رحمه الله تعالى، فإن المتن قد يستقيم، فإنه قد يحمل على أنه من باب تحريم الحيل لإسقاط حقوق الآخرين، فلو فارقه ليس خوفًا من الإقالة، وإنما فارقه لحاجة، لم يكن حرامًا عليه، ولكني أرده من جهة الإسناد، فلست ممن يرى الاحتجاج بما يتفرد به عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، وأين أحاديث الصحيحين وغيرها من الأحاديث الصحيحة التي حفظت لنا خيار المتبايعين (خيار المجلس) عن هذه الزيادة التي لو كانت محفوظة لجاءت بأسانيد صحيحة، وليست صحة المعنى في الحديث كافية لتصحيحه، وهذا من المعلوم.

* التدقيق بصيغ الحديث والكشف عما يوجد في هذه الصيغ من علل.

مثاله: روى البيهقي في السنن (٥/ ٢٧١) من طريق أحمد بن عبد الرحمن ابن وهب، حدثني عمي، قال: حدثني مخرمة بن بكير، عن أبيه، قال: سمعت عمرو بن شعيب يقول: سمعت شعيبًا يقول:

سمعت عبد الله بن عمرو يقول، سمعت رسول الله ﷺ يقول، وذكر الحديث..

وهذه الصيغة من التصريح بالسماع من عمرو بن شعيب، عن أبيه، ومن سماع أبيه من عبد الله بن عمرو تفرد بها أحمد بن عبد الرحمن بن وهب عن عمه عبد الله بن وهب، وهو متكلم فيه، وقد تغير بآخرة، وقال فيه ابن عدي: رأيت شيوخ مصر مجمعين على ضعفه، ومن كتب عنه من الغرباء لا يمتنعون من الرواية عنه، وسألت عبدان عنه، فقال: كان مستقيم الأمر في أيامنا، ومن لم يلق حرملة اعتمد عليه في نسخ حديث ابن وهب، وقال ابن عدي: ومن ضعفه أنكر عليه أحاديث، وكثرة روايته عن عمه، وكل ما أنكروا عليه محتمل، وإن لم يروه غيره عن عمه، ولعله خصه به(١).

* تضعيف اشتراط الخيار ثلاثة أيام في حديث الرجل الذي يخدع في البيوع، وذلك للاختلاف على ابن إسحاق، ومخالفته لعبد الله بن دينار عن ابن عمر في الصحيحين، ولم يذكر فيه (الخيار ثلاثة أيام) كما أن الحديث جاء من مسند أنس في المسند وغيره وليس فيه ذكر الخيار ثلاثة أيام.

* تعليل الحديث للاختلاف في وصله وإرساله.

مثاله: ما رواه أبو داود من طريق إسمعيل - يعني ابن عياش - عن الزبيدي عن الزهري، عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: **أيما رجل باع سلعة، فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس، ولم يُقْبَض من ثمنها شيء فهي له، فإن كان قضاه من ثمنها شيئًا فما بقي فهو أسوة الغرماء، و أيما امرئ هلك، وعنده متاع امرئ بعينه، اقتضى منه شيئا أو لم يقتض، فهو أسوة الغرماء**(٢).

---

(١) تهذيب التهذيب (١/ ٤٨).

(٢) سنن أبي داود (٣٥٢٢).

وصله إسماعيل بن عياش، وأرسله غيره، وهو المحفوظ.

* تعليل زيادة لفظة (وكذلك الميزان) في حديث أبي سعيد وأبي هريرة في الصحيحين بعلة التفرد.

وهذه أمثلة يسيرة جدًا، وهي تدل على غيرها في سائر الموسوعة.

❑ الموضع الرابع: العناية بالقواعد

أودعت الموسوعة قواعد وضوابط فقهية كثيرة استدل بها الفقهاء على ما ذهبوا إليه، أو في رد أقوال مخالفيهم، وجاءت منثورة ضمن الأدلة الفقهية، وقد رأيت أن أنتخب من هذه القواعد والضوابط أجودها لأجعلها في مدخل أمهات المسائل الفقهية تعين القارئ على فهم المسألة قبل الولوج فيها، وربما ذكرت في مدخل المسألة الفقهية أكثر من قاعدة، وربما كانت المسألة الفقهية يتجاذبها قاعدتان مختلفتان، فأذكرهما لتنبيه القارئ.

فمثلًا عند الكلام على توصيف الودائع الجارية نقلت في مدخل المسألة الضابط التالي:

إعطاء الشخص ماله للغير: إن كان على سبيل التمليك، فإن كان عن معاوضة، فهو بيع، وإن كان بلا عوض، فهو هبة، وإن كان ليملكه ويرد مثله، فهو قرض.

وإن كان دفع المال للغير ليس على سبيل التمليك، فإن كان للحفظ فقط، فهو وديعة، وإن كان للانتفاع مع بقاء العين، فهو عارية، وإن كان للانتفاع مع استهلاك العين فهو قرض.

وبعد ذكر هذا الضابط أدخل إلى المسألة الفقهية، وأعرض أقوال الباحثين في

توصيفها، وأذكر حجة كل قول مع بيان الراجح إن أمكن الوصول إليه، وإلا أبقيت الخلاف مطلقًا حتى يشرح الله الصدر لأحدها، والله أعلم.

كتبه أبو عمر

دبيان بن محمد الدبيان

المملكة العربية السعودية

القصيم ـ بريدة

twasuly@Gmail.com

❑ خطة البحث في عقد البيع:

قسمت عقد البيع إلى تمهيد وأبواب، وكتب:

فالباب الأول: في دراسة المال وبيان أنواعه.

الباب الثاني: في دراسة صيغة التعاقد (أحكام الإيجاب والقبول).

الباب الثالث: في الشروط المتعلقة بالعاقدين.

الباب الرابع: في الشروط المتعلقة بالمعقود عليه (المبيع والثمن).

الباب الخامس: في موانع البيع (البيوع المنهي عنها).

الباب السادس: في شروط العاقدين الجعلية.

أما الخيار في عقد البيع فلما كان كثير التفريعات فقد قسمته إلى أبواب وفصول. وكذا فسخ العقد وانفساخه.

ولما كانت دراسة هذه الأبواب قد انتظمت في سبعة مجلدات رأيت أن أعرض في كل مجلد ما يخصه من خطة البحث حتى لا تطول على القارئ الكريم.

فالخطة المتعلقة بهذا المجلد سوف تنتظم على النحو التالي:

خطة البحث في المجلد الأول:

التمهيد: ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: في تعريف العقد.

المبحث الثاني: في أقسام العقود.

❏ العقد الأول: عقد البيع ❏

ويتكون من تمهيد وسبعة أبواب:

التمهيد: ويبحث في تعريف البيع.

الباب الأول: في دراسة المال وبيان أنواعه.

الفصل الأول: في حقيقة المال.

المبحث الأول: في تعريف المال.

المبحث الثاني: في اشتراط إباحة الانتفاع.

المبحث الثالث: في اشتراط الادخار للمال.

المبحث الرابع: في اشتراط الطهارة في المال.

المبحث الخامس: في عناصر المال.

الفصل الثاني: في مالية المنافع:

المبحث الأول: في تعريف المنفعة.

المبحث الثاني: في خلاف العلماء في مالية المنافع.

الفصل الثالث: في مالية الديون.

المبحث الأول: في تعريف الدين.

المبحث الثاني: في خلاف العلماء في مالية الديون.

الفصل الرابع: في مالية الحقوق.

المبحث الأول: في تعريف الحق.

المبحث الثاني: في مالية الحقوق المعنوية (الابتكار).

المبحث الثالث: في بيان الصيغ القولية.

الفرع الأول: الإيجاب والقبول بصيغة الماضي.

المسألة الأولى: في صيغة الماضي المجرد من الاستفهام.

المسألة الثانية: في صيغة الماضي المقرون بالاستفهام.

الفرع الثاني: في الإيجاب والقبول بصيغة المضارع.

الفرع الثالث: في الإيجاب والقبول بفعل الأمر.

الفرع الرابع: في الإيجاب والقبول بالجملة الإسمية.

الفرع الخامس: في الإيجاب والقبول بكلمة (نعم).

المبحث الرابع: في بيان الصيغ الفعلية.

الفرع الأول: في بيع المعاطاة.

المسألة الأولى: تعريف بيع المعاطاة وصوره.

المسألة الثانية: خلاف العلماء في صحة البيع بالمعاطاة.

مطلب: على القول بأن بيع المعاطاة لا يصح فما حكم المقبوض فيها.

المسألة الثالثة: في الإيجاب والقبول عن طريق الإشارة.

الفرع الثاني: في الإيجاب والقبول عن طريق الكتابة

مسألة: زمان العقد ومكانه في بيع المكاتبة والمراسلة.

المبحث الخامس: الإيجاب والقبول بالوسائل الحديثة.

الفصل الثاني: صدور الإيجاب والقبول من طرف واحد.

المبحث الأول: في بيع الوكيل لنفسه وشرائه منها:

المبحث الأول: في تقدم القبول على الإيجاب في بيع المزايدة.

المبحث الثاني: سقوط الإيجاب في المزايدة.

الفصل الخامس: مبطلات الإيجاب.

المبحث الأول: رجوع الموجب قبل صدور القبول.

المبحث الثاني: رفض الإيجاب من الطرف الآخر.

المبحث الثالث: يبطل الإيجاب بانتهاء المجلس قبل القبول.

المبحث الرابع: بطول الإيجاب بهلاك المعقود عليه أو تغيره قبل القبول.

المبحث الخامس: تغيير الإيجاب قبل القبول بما يخالف الإيجاب الأول.

المبحث السادس: موت العاقد أو فقد أهليته قبل صدور القبول.

الباب الرابع: في الشروط المتعلقة بالعاقدين.

الشرط الأول: في توفر الأهلية في العاقد.

المبحث الأول: في تعريف الأهلية.

المبحث الثاني: في تصرفات الصبي.

الفرع الأول: في تصرفات الصبي غير المميز.

مسألة: في تعريف الصبا والتمييز.

الفرع الثاني: خلاف العلماء في بيع الصبي غير المميز.

الفرع الثالث: في بيع الصبي المميز.

المسألة الأولى: في الحكم على تصرفات الصبي المميز.

المسألة الثانية: في بيع الصبي وشرائه إذا كان مأذونًا له في ذلك.

المسألة الثالثة: في تصرف الصبي المميز من غير إذن وليه.

المبحث الثالث: في تصرفات المجنون.

المبحث الرابع: في بيع المعتوه.

هذا ما استوعبه المجلد الأول من خطة البحث المتعلقة بعقد البيع، وستجد بقية خطة البحث في سائر المجلدات الباقية، وسوف نذكر في كل مجلد ما يخصه منها، والحمد لله على توفيقه وتسديده.



تمهيد

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: في تعريف العقد.

المبحث الثاني: في أنواع العقود.

وذلك لأن البيع لما كان عقدًا من سائر عقود كثيرة، وكانت علاقة البيع بالعقد كعلاقة النوع بالجنس، فالعقد جنس يشمل البيع وغيره، كان من المناسب أن نتكلم عن تعريف العقد، وأنواعه قبل الكلام على البيع وأحكامه.



المبحث الأول
في تعريف العقد

❑ تعريف العقد لدى الفقهاء:

العقد لدى الفقهاء له معنيان عام وخاص(١):

---

(١) عقد يَعْقِد عَقْدًا، وتَعْقَادًا وعُقْدَة، واعْتَقَده: كعَقَدَه، والعقيد المعاقد.
والعُقْدَة: حجم العَقْد، والجمع عُقَد: خيوط معقدة شدد للكثرة. والمعقاد: خيط ينظم فيه خرزات، وتعلق في عنق الصبي. والعقد: ما عقدت من البناء، والجمع أعقاد، وعقود، وعُقَد.
العقد نقيض الحل، ثم استعمل في أنواع العقود من البيوعات وغيرها، ثم استعمل في التصميم والاعتقاد الجازم.
ويطلق العقد في اللغة على معان منها:
الربط والشد والجمع بين أطراف الشيء: يقال: عقد الحبل: إذا شده وربطه.
انظر لسان العرب (٣/ ٢٩٦)، والصحاح للجوهري (٢/ ٥١٠)، المصباح المنير (٢/ ٧١).
وفي القاموس (ص٣٠٠): «عَقَدَ الحبل والبيع والعهد يعقده: شَدَّه».
ومنها: **الضمان والعهد**، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١] وقد فسرها المفسرون بأن معناها: أوفوا بالعهود. انظر تفسير الطبري (٦/ ٤٦).
قال ابن الأثير كما في النهاية في غريب الحديث والأثر (ص٦٢٩): «وفي حديث ابن عباس في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ﴾ [النساء: ٣٣]، المعاقدة: المعاهدة والميثاق». اهـ قوله (عاقدت) هكذا هي في النهاية ولعلها قراءة.
وفي الحديث المتفق عليه: «**كان بيننا وبين قوم عقد**»: أي عهد. انظر البخاري (٦٠٢)، ومسلم (٢٠٥٧).
وقال في القاموس المحيط (ص٣٠٠): «والعقد: الضمان والعهد».
وقال أيضًا: «تعاقدوا: أي تعاهدوا».
ومنها: **الجمع**، جاء في الحديث: «وإنه لأول مال اعتقدته». أي جمعته. ذكره ابن حجر في فتح الباري تحت حديث (٤٣٢٢) وذكر بأنه رواية ابن إسحاق لنص البخاري عليهم رحمة الله جميعًا.
=

❑ الأول المعنى العام للعقد

العقد بمعناه العام يطلق ويراد به كل عهد والتزام ألزم به الإنسان نفسه، سواء كان في مقابل التزام آخر كالبيع، والإجارة، أو كان بإرادة منفردة لإنشاء حق، أو إنهائه، أو إسقاطه، كالوقف، والطلاق، والإبراء(١).

= ومنها: الإلزام، كما في قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ﴾ [البقرة: ٢٢٥].

قال الجصاص في أحكام القرآن (٢/ ٤١٦): «سمي اليمين على المستقبل عقدًا؛ لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك»

وقال ﷺ: **الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة**. رواه البخاري (٢٨٥٢)، ومسلم (١٨٧٣).

قال ابن الأثير: أي ملازم لها، كأنه معقود فيها. النهاية في غريب الحديث والأثر، طبع في مجلد واحد، دار ابن الجوزي (ص٦٢٩).

(١) يقول الجصاص من الحنفية في أحكام القرآن (٢/ ٤١٧): «العقد: ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه. . . . . فيسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقودًا؛ لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه الوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقدًا؛ لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك. . . . وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد، وكذلك النذور، وإيجاب القرب، وما جرى مجرى ذلك، وكذلك الطلاق المعلق على شيء في المستقبل».

ومن المالكية، قال ابن العربي في أحكام القرآن (٢/ ٢٩٤، ٢٩٥): «ربط العقد تارة يكون مع الله، وتارة يكون مع الآدمي، وتارة يكون بالقول، وتارة يكون بالفعل».

وأطلق الشافعي رحمه الله تعالى العقد على النذر. انظر أحكام القرآن للشافعي (٢/ ٦٥، ٦٦).

وقال النووي: «العقد ضربان: ضرب ينفرد به الشخص، وضرب لابد فيه من متعاقدين: أما الذي ينفرد به العاقد فسبعة: عقد النذر، وعقد اليمين، وعقد الطلاق، وعقد الضمان، وعقد الصلاة - لا الجمعة - وعقد الحج، وعقد العمرة. . .». انظر شرح التحرير (٢/ ٣) المنثور في القواعد للزركشي (٢/ ٣٩٧).

ومن الحنابلة قال ابن تيمية في الفتاوى الكبرى (٤/ ٨٣): «أمر سبحانه بالوفاء بالعقود، =

❑ الثاني: المعنى الخاص للعقد

العقد بمعناه الخاص يطلق، ويراد به معنى الربط فقط، أي ربط الإيجاب بالقبول، كعقد البيع، والإجارة، ونحوهما، وهذا هو الغالب عند الإطلاق، وهذا يعني: أن العقد لا يقع إلا بين طرفين فأكثر.

قال ابن عابدين: «العقد اسم لمجموع الإيجاب والقبول»(١).

وقال ابن نجيم: «المراد بالعقد مطلقًا نكاحًا كان أو غيره: مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر»(٢).

وقال الدردير المالكي في الشرح الصغير: «ولا يكون العقد إلا بين اثنين»(٣).

وفرق الدسوقي بين الطلاق، والعتق، والحدود، وبين العقود، فجعل العقود: كل ما يتوقف على إيجاب وقبول. وأما الطلاق والعتق فهي إخراجات، ولا تتوقف على إيجاب، وقبول(٤).

وقد يقال: إن المعنيين العام، والخاص، كليهما أخذا من إطلاق الربط على العقد.

إلا أن الربط تارة يكون حسيًا، فيكون بمعنى الشد، والربط بين شيئين، وتارة يكون معنويًا، مثل العهد، والتأكيد.

= وهذا عام، وكذلك أمرنا بالوفاء بعهد الله وبالعهد، وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه، بدليل قوله: ﴿وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِن قَبْلُ لَا يُوَلُّونَ الْأَدْبَارَ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا ﴿١٥﴾﴾ [الأحزاب: ١٥]، فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه».

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٩).

(٢) البحر الرائق (٣/ ٨٥).

(٣) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٣/ ١٢).

(٤) حاشية الدسوقي (٣/ ٥، ٦).

قال القرطبي: «العقد على ضربين: حسي، كعقد الحبل، وحكمي، كعقد البيع»[١].

ويرى بعض الباحثين بأن إطلاق العقد على الربط المعنوي إطلاق حقيقي لا غبار عليه.

يقول الدكتور علي قره داغي: «والذي ظهر لي بعد تتبع كتب اللغة أن إطلاق العقد على الربط المعنوي إطلاق حقيقي لا غبار عليه، حيث إنه يبادر إليه الذهن عند الإطلاق، ودون الحاجة إلى قرينة، ودليل، كما أن الأصل في الإطلاق الحقيقة دون المجاز، أضف إلى ذلك أن أهل اللغة ذكروا من بين معانيه الحقيقية: العهد، والحلف، والعزم، والتوكيد... وهذه كلها أمور معنوية وليست أجرامًا حسية، فقالوا: المعاقدة المعاهدة، ويقال: عقدت الحبل والبيع والعهد فانعقد...»[٢].

❑ الفرق بين التصرف والعقد:

قبل أن نقارن بين تعريف التصرف، وتعريف العقد، نعرف التصرف، ثم بعد ذلك نذكر الفرق بينهما.

❑ تعريف التصرف اصطلاحًا[٣]:

جاء في الموسوعة الكويتية: «لم يذكر الفقهاء في كتبهم تعريفًا للتصرف...»[٤].

---

(١) تفسير القرطبي (٦/ ٣٢).

(٢) مبدأ الرضا في العقود (١/ ١٠٩)، وانظر ضوابط العقود للدكتور عبد الحميد البعلي (ص٤٠).

(٣) التصرف في اللغة قال الأزهري في تهذيب اللغة (١٢/ ١٦١): «الصَّرْف: التقلب والحيلة، يقال: فلان يصرف، ويتصرف، ويصطرف لعياله: أي يكتسب لهم».

(٤) الموسوعة الكويتية (١٢/ ٧١).

قلت: هذا صحيح، ولكن الفقهاء وإن لم يذكروا تعريفه فقد ذكروا أحكامه مبثوثة في مسائل الفقه، كالتصرف في مال اليتيم، وتصرفات المريض في ماله، وتصرف المحجور عليه، وتصرف الأجنبي في مال غيره، ونحوها من المباحث، ولكنهم لم يذكروا في معرض كلامهم تعريفًا اصطلاحيًا، وقد ذكر المتأخرون من الفقهاء تعريفات اصطلاحية للتصرف، أذكر بعضها:

❑ تعريف الشيخ محمد أبو زهرة:

قال الشيخ محمد أبو زهرة: «التصرف الشرعي: كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية، ويرتب عليه الشارع أثرًا شرعيًا»(١).

ونلحظ على هذا التعريف أنه لم يدخل التصرف الفعلي في حد التصرف، حيث قصر التصرف على التصرفات القولية.

❑ تعريف آخر للشيخ محمد سلام مدكور:

عرف التصرف بقوله: «التصرف: ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته، ويرتب عليه الشارع نتيجة ما، فهو أعم من العقد، ومن الالتزام بالاتفاق؛ لأن التصرف قد يكون فعليًا، كالاستيلاء على بعض الأموال المباحة، والغصب، وقبض الدين، والرجعة»(٢).

فهنا أدخل قيد التمييز في التعريف ليخرج تصرفات المجنون وغير المميز، وأدخل قيد الإرادة.

❑ تعريف آخر للشيخ محمد شلبي:

عرف الأستاذ محمد شلبي التصرف بقوله: «التصرف... ما يصدر عن

---

(١) الملكية ونظرية العقد (ص١٧٥).

(٢) المدخل للفقه الإسلامي - محمد سلام مدكور (ص٥١٩).

الشخص المميز، ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج، سواء كانت في صالح ذلك الشخص، أو لا»(١).

فهنا لم ينص على ذكر الإرادة، ولم ينفها.

❑ تعريف الدكتور نشأت الدريني:

يقول الدكتور السيد نشأت إبراهيم الدريني: «التصرف: هو ما يصدر عن الشخص بإرادته، أو بغير إرادته، ويرتب عليه الشرع حكمًا، سواء كان في صالحه، أم لا»(٢).

وهذا التعريف قد نص على أن الإرادة (النية) ليست شرطًا ليطلق على القول، أو الفعل بأنه تصرف، ويظهر أن هذا التعريف هو أكملها، والله أعلم.

❑ الفرق بين التصرف والعقد:

قدمنا أن العقد له معنيان: معنى عام، ومعنى خاص:

فإذا قلنا: إن المقصود بالعقد هو المعنى الخاص: وهو الالتزام الحاصل بين طرفين، فلا شك أن هناك فرقًا كبيرًا بين التصرف، وبين العقد؛ لأن التصرف قد يكون من طرف واحد.

وأما إذا عَرَّفت العقد بمعناه العام، وهو أن العقد يطلق على كل عهد، والتزام ألزم به الإنسان نفسه، سواء كان في مقابل التزام آخر، كالبيع، والإجارة، أو كان بإرادة منفردة لإنشاء حق، أو إنهائه، أو إسقاطه كالوقف، والطلاق والإبراء، فهل يوجد بناء على هذا التعريف فرق بين العقد والتصرف؟

---

(١) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي (ص٤١٣).

(٢) التراضي في عقود المبادلات المالية (ص٣٨).

فيرى بعض الباحثين أنه لا فرق بين العقد والتصرف إذا فسرنا العقد بمعناه العام[١].

ويرى آخرون: أن هناك فرقًا، وأن التصرف أعم من العقد؛ وذلك لأن الإقرار، والإنكار، والحلف، والقتل، وإتلاف مال الغير أشياء تدخل في معنى التصرف الاصطلاحي واللغوي، ولا تدخل في مسمى العقد حتى على معناه العام[٢].

فعليه يكون التصرف أعم من العقد مطلقًا حتى في حالة تفسير العقد بمعناه العام، فكل عقد تصرف، وليس كل تصرف عقدًا، وهذا ما يسمى بالعموم والخصوص المطلق بين الشيئين في علاقة أحدهما بالآخر، ونسبته إليه.

وقد قسم الشيخ مصطفى الزرقاء رحمه الله تعالى التصرف إلى نوعين:

تصرف فعلي: وهو ما كان قوامه فعلًا غير لساني، كإحراز المباحات.

وتصرف قولي: وهو نوعان:

عقدي[٣]: وهو الذي يتكون من قولين من جانبين يرتبطان باتفاق، كالبيع، والإجارة، والشركة.

وغير عقدي: وهو نوعان:

(١) نوع يتضمن عزيمة على إنشاء حق، أو إسقاطه، كالوقف، والتنازل عن الحقوق، كالشفعة، ويسميه بعض الفقهاء عقدًا بالمعنى العام للعقد.

---

(١) أحكام المعاملات د كامل موسى (ص٥٧).

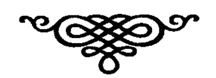
(٢) انظر التراضي في عقود المبادلات المالية د. السيد نشأت إبراهيم الدريني (ص٣٩).

(٣) حصر الشيخ رحمه الله تعالى العقد بالتصرف القولي، وفيه تأمل؛ لأن العقد يدخل فيه حتى التصرف الفعلي كما سيأتي في الكلام على بيع المعاطاة إن شاء الله تعالى.

(٢) ونوع لا يتضمن إرادة منصبة على إنشاء الحقوق، أو إسقاطها، لكنها أقوال من أنواع أخرى، كالإقرار، والإنكار، والحلف[١].

❑ الفرق بين العقد والاتفاق:

كما قدمنا في الفرق بين التصرف والعقد، فكذلك نقول هنا في الفرق بين الاتفاق والعقد، فالعقد أخص من الاتفاق، فكل عقد اتفاق، وليس كل اتفاق عقدًا، فقد يتفق اثنان على قضاء وقت معين في مذاكرة مسائل العلم، وليس لهذا الاتفاق أي أثر حكمي، ولا يدخل في مسمى العقد، فالاتفاق أشبه بالجنس، والعقد نوع داخل فيه[٢].



(١) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (ص٣٠٩).

(٢) التراضي في عقود المبادلات المالية - د. السيد نشأت إبراهيم الدريني (ص٤٠)، أحكام المعاملات - د كامل موسى (ص٥٩)، وانظر الوسيط في شرح القانون المدني (١/ ١٤٩).

المبحث الثاني
في أقسام العقود

تنقسم العقود إلى أقسام كثيرة بالنظر إلى اعتبارات مختلفة، منها الصحة والبطلان، ومنها اللزوم وعدمه، ومنها اشتراط القبض وعدمه، إلى غير ذلك من التقسيمات التي يمكن أن يلحظها الفقيه، وقد نشير إلى بعضها في هذا المبحث إن شاء الله تعالى.

وقد أشار الفقهاء المتقدمون إلى شيء من هذا التقسيم، كتقسيم الحنفية العقد إلى عقد صحيح، وعقد فاسد، وعقد باطل، كما سيأتي شرحه إن شاء الله تعالى.

وأشار ابن الوكيل في كتابه الأشباه والنظائر(١)، وكذا السيوطي في الأشباه والنظائر(٢) إلى تقسيمات للعقود، ربما نأتي على ذكرها لاحقًا إن شاء الله تعالى في هذا البحث.

وأشار ابن رجب إلى مثل ذلك في كتابه العظيم (القواعد)(٣).

واستحدث المعاصرون تقسيمات، وفروعًا كثيرة باعتبارات مختلفة، ويمكن لكل باحث أن يحدث تقسيمات أخرى بحسب ما يظهر له من الفروق المؤثرة، وغير المؤثرة، وسوف نستعرض أهم هذه التقسيمات.

❁ ❁ ❁

(١) الأشباه والنظائر (١/ ٣٧٥).

(٢) الأشباه والنظائر (ص٢٧٥).

(٣) انظر القاعدة (٥٢)، والقاعدة: (١٠٥).

التقسيم الأول
تقسيمات العقود بالنظر إلى الغاية والهدف من العقد

قد يكون هذا التقسيم هو أظهر تقسيم للعقود في الفقه الإسلامي، فمنها:

❑ الأول: عقود التمليك

وهي العقود التي يقصد بها تمليك الشيء ذاتًا، أو منفعة، فإن كان التمليك بعوض، فهي عقود المعاوضات، كالبيع، والإجارة، وإن كان التمليك بغير عوض، فهي عقود التبرعات، كالهبة، والإعارة.

وقد يكون العقد الواحد معاوضة بالنسبة لأحد المتعاقدين، وتبرعًا بالنسبة للآخر، وذلك مثل الكفالة، فهي معاوضة بالنسبة إلى الدائن؛ لأنه أخذ كفالة في مقابل إعطاء الدين، وهو بالنسبة إلى الكفيل يكون تبرعًا حيث لم يأخذ أجرًا على كفالته.

وقد يكون العقد تبرعًا في الابتداء، ومعاوضة في الانتهاء، وذلك مثل القرض؛ فالقرض يشبه التبرع، ويشبه المعاوضة، فأما شبهه بالتبرع؛ فلأنه إخراج بعض المال من ملك المقرض بدون عوض في الحال، وأما شبهه بالمعاوضة؛ فلأنه ينتهي بأداء مثل القرض إلى المقرض، ولهذا قال صاحب الهداية: إنه إعارة في الابتداء، ومعاوضة في الانتهاء(١).

وأهمية هذا التقسيم ترجع إلى اختلاف الأحكام التي تنطبق على كل منها من حيث صحة العقد، وتحديد المسؤولية، فهبة المجهول جائزة على الصحيح،

---

(١) الهداية مع فتح القدير (٥/ ٢٧٣).

وبيع المجهول غير جائز، كما أن مسئولية المستعير أشد من مسئولية المستأجر، ومن قبض المال لمصلحته أشد مسئولية ممن قبض المال لمصلحة غيره، فمسؤولية المودع عنده إذا كانت الوديعة بغير أجر أخف منها إذا كانت الوديعة بأجر.

❑ الثاني: عقود التوثقة

عقود التوثقة: هي العقود التي يقصد منها ضمان الحقوق لأصحابها.

والتوثيق قد يكون بعقد، كالرهن، والكفالة، وهو على نوعين:

- توثيق بمال كالرهن، والمبيع في يد البائع.
- وتوثيق بذمة، كالكفالة.

وقد يكون التوثيق بغير عقد، كالكتابة، والإشهاد.

فالرهن وسيلة من وسائل التوثيق ليستوفي الدائن من ثمنه إذا تعذر استيفاؤه ممن هو عليه، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ومثله الضمان، والكفالة: وقد يستعملان بمعنى واحد، وقد يستعمل الضمان للدين، والكفالة للنفس، وهما مشروعان للتوثيق، إذ فيه ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل على وجه التوثيق، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢].

وسوف نتعرض إن شاء الله تعالى لهذه العقود بالبحث والدراسة في كتب مستقلة بلغنا الله ذلك بمنه وكرمه.

قال ابن رجب رحمه الله تعالى: «أما الإنشاءات فمنها العقود، وهي أنواع:

أحدها: عقود التمليكات المحضة كالبيع، والصلح بمعناه، وعقود التوثقات كالرهن، والكفالة، والتبرعات اللازمة بالعقد، أو بالقبض، كالهبة، والصدقة»[١].

❑ الثالث: عقود الإسقاطات

وهي العقود التي يقصد منها إسقاط حق من الحقوق سواء ببدل، أم بدون بدل، كالإبراء من الدين، والتنازل عن حق الشفعة، والعفو عن القصاص ونحوها.

❑ الرابع: عقود الإطلاقات

وهي العقود التي يفوض فيها شخص لآخر أن يقوم بعمل، ويطلق يده في تصرف لم يكن له فيه حق سابق، مثل الوكالة، والإيصاء، والإذن للمحجور عليه، ونحوها.

❑ الخامس: عقود التقييد

وهي العقود التي يمنع فيها شخص من تصرف كان مباحًا له، وذلك كالحجر على السفيه، وكعزل الوكلاء، والأوصياء، ونحوها.

❑ السادس: عقود الحفظ

وهي العقود التي يقصد منها حفظ المال لصاحبه، كالوديعة، والحراسة، ونحوها.

❑ السابع: عقود الاشتراك

وهي العقود التي يقصد بها المشاركة في الأصل، والعمل، والربح. والأصل

---

(١) القواعد: قاعدة: ١٠٥ .

فيها قوله تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْخُلَطَآءِ لَيَبْغِى بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾ [ص: آية ٢٤].

والشركة أنواع:

شركة أموال: وهي عقد بين شريكين فأكثر، على أن يتجروا في رأس مال لهم، ويكون الربح بينهم بنسبة معلومة.

وشركة أعمال: وهي أن يتعاقد اثنان فأكثر، على أن يتقبلوا نوعًا معينًا من العمل، وأن تكون الأجرة بينهم بنسبة معلومة.

وشركة وجوه: وهي أن يتعاقد اثنان فأكثر، على أن يشتريا نسيئة، ويبيعا نقدًا، ويقتسما الربح بينهما.

ومن عقود المشاركة عقد المضاربة: وهي أن يدفع شخص لآخر مبلغًا من المال ليتجر فيه، على أن يشتركا في الربح، ومنه المزارعة، والمساقاة.

وسوف نتعرض إن شاء الله في كتب مستقلة لهذه الأنواع من الشركات، بلغنا الله ذلك بحوله ومنه وكرمه[1].

❁ ❁ ❁

---

(١) انظر في تقسيم العقد بالنظر إلى الغاية منه: كتاب نظرية العقد في الفقه الإسلامي: د محمد سلامة (ص٢٠)، دراسة شرعية لأهم العقود المستحدثة (١/ ٧٦)، الوسيط في شرح القانون المدني (١/ ١٧٤)، التراضي في عقود المبادلات المالية (ص٤١)، الموسوعة الكويتية (٢٦/ ٢٠)، ويراجع أيضًا كتاب القواعد لابن رجب (القاعدة: ١٠٥)، وكتاب الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٧٥)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ١٠٤).

التقسيم الثاني
تقسيم العقود باعتبار الوصف الشرعي

الفرع الأول
تعريف الفاسد والباطل من العقود

قسم الفقهاء العقد باعتبار وصفه الشرعي إلى عقد صحيح، وعقد غير صحيح.

[م - ١] **فالعقد الصحيح**: تعريفه عند الحنفية: ما كان مشروعًا بأصله ووصفه[١].

وعند الجمهور: هو ما استكمل أركانه، وشرائطه[٢].

وفي الفتاوى الكبرى لابن تيمية: «يقول الفقهاء: العقد الصحيح: ما ترتب عليه أثره، وحصل به مقصوده»[٣].

وقال النووي: «الصحيح من العقود: ما ترتب أثره عليه، ومن العبادات ما أسقط القضاء»[٤].

وهذا التعريف يصلح أن يكون حكمًا للعقد الصحيح، بحيث يقال: حكم العقد الصحيح: بأن يترتب عليه أثره، والتعريف بالحكم ليس تعريفًا له بالبرهان.

---

(١) انظر المبسوط (١٢/ ١٩٠)، تبيين الحقائق (٤/ ٤٤)، العناية شرح الهداية (٦/ ٤)، البحر الرائق (٦/ ٧٥).

(٢) شرح التلويح على التوضيح (٢/ ٢٤٦)، مطالب أولي النهي (٣/ ٥١٢).

(٣) الفتاوى الكبرى (١/ ٩٤)، وانظر شرح الكوكب المنير (ص١٤٧).

(٤) المجموع (١/ ٦١).

وقد نظم شيخنا ابن عثيمين رَحِمَهُ اللَّهُ:

وعـنـدهـم مـن جـمـلـة الـمـردود   أن تـدخـل الأحـكـام فـي الـحـدود

❑ وخلاف الصحيح غير الصحيح:

وهو: ما اختل فيه ركن من أركانه، أو شرط من شروطه، أو وصف من أوصافه.

أو هو: ما لا يكون مشروعًا أصلًا، ووصفًا، ويسمى الباطل.

وهل يسمى فاسدًا، اختلف في ذلك على أقوال، وسأفرد له بحثًا مستقلًا إن شاء الله تعالى نظرًا لأهميته، وما يترتب عليه من أحكام.



الفرع الثاني
الفرق بين الفاسد والباطل

قال الزيلعي: كل باطل فاسد، ولا ينعكس(١).

[م - ٢] اختلف العلماء في الفرق بين الفاسد والباطل.

فقيل: الفاسد مرادف للباطل، وهو مذهب الجمهور في الجملة(٢).

وقيل: الفاسد مرادف للباطل في العبادات خاصة(٣)، وأما في المعاملات:

فالباطل: هو البيع الذي في ركنه خلل، كبيع المجنون، وغير المميز، وبيع الميتة.

والفاسد: ما كان مشروعًا بأصله دون وصفه(٤)، كما لو باع شيئًا بثمن مؤجل

---

(١) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٤/ ٤٤)، وفي البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي (١/ ٢٥٧): «كل باطل فاسد، وليس كل فاسد باطلًا».

(٢) انظر المستصفى (ص٧٦)، الإحكام للآمدي (١/ ١٣١)، البحر المحيط (١/ ٢٢٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٧٩)، روضة الناظر (١/ ٢٥٢)، شرح الكوكب المنير (١/ ٤٧٣)، البلبل (ص٣٣) مجلة الأحكام الشرعية: المادة (١٦٤).

(٣) حتى في العبادات فإنه لا بد من التفريق بين أن يكون النهي عائدًا إلى ذات العبادة، وبين أن يكون النهي عائدًا لشرط العبادة، وبين أن يكون النهي عائدًا لأمر خارج، وأوضح مثال لذلك الطهارة بالماء المغصوب، وقد حررت الخلاف فيها في كتابي أحكام الطهارة، كتاب المياه والآنية، وكذلك الخلاف في الصلاة في الأرض المغصوبة.

(٤) مجلة الأحكام العدلية، المادة (٣٦٢، ٣٦٤، ١٠٧، ١٠٨، ١٠٩، ١١٠).

ومع أن الجمهور جعلوا الفاسد مرادفًا للباطل إلا أنهم في مسائل كثيرة فرقوا بينهما.

ففي باب النكاح فرقوا بين النكاح الفاسد، وبين النكاح الباطل، وكذلك في كتاب المناسك، وفي مسائل متفرقة من الفقه، انظر كتاب المنثور في القواعد الفقهية (٣/ ١٥)، القواعد لابن اللحام: القاعدة الحادية والعشرون (١/ ٣٦٨)، والأشباه والنظائر =

إلى مدة غير معلومة، أو كان البيع في حال الإكراه، أو اشتمل البيع على وصف محرم كالربا، وهذا مذهب الحنفية(١).

وأما حكم البيع الفاسد، والبيع الباطل:

[م - ٣] فالبيع الباطل يتفقون جميعًا على أنه لا يفيد الملك، ولا ينقلب إلى عقد صحيح(٢)؛ لأن الشارع لم يأذن به، فوجوده كعدمه.

(ح-١) ولما رواه مسلم من طريق سعد بن إبراهيم، قال: سألت القاسم ابن محمد، عن رجل له ثلاثة مساكن، فأوصى بثلث كل مسكن منها، قال: يجمع ذلك كله في مسكن واحد، ثم قال: أخبرتني عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «**من عمل عملًا ليس عليه أمرنا فهو رد**»(٣).

ومعنى رد: أي مردود عليه.

كما يتفقون على أن البيع الفاسد لا أثر له قبل قبضه، وأنه يجب فسخه، ورده

= للسيوطي (ص٢٨٦)، القواعد الفقهية لابن رجب: القاعدة (٤٦)، الموسوعة الكويتية (٨/ ١١٤)، وليس هذا مجال تحرير البحث في تناول هذه المسائل المتفرقة في الفقه، ولكن اقتضى بحث هذه المسألة الأصولية الإشارة إليها.

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٣)، البحر الرائق (٦/ ٧٥)، وزاد بعض الحنفية العقد الموقوف، وجعلوه قسمًا مستقلًا، بينما جمهور الحنفية يرون الموقوف نوعًا من العقد الصحيح، انظر الفتاوى الهندية (٣/ ٣)، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢/ ٤)، مجلة الأحكام العدلية، المادة (١٠٦):

حيث قالوا: إن العقد إن أفاد الحكم في الحال فنافذ، وإن لم يفده أصلًا فباطل، وإن لم يفده في الحال، بل عند الإجازة فموقوف، وإن لم يفده في الحال، ولا عند الإجازة، ولكن عند القبض ففاسد.

(٢) الحاوي (٦/ ١١٠، ٩٥)، شرح منتهى (٢/ ٦٠)، الموسوعة الكويتية (١٢/ ٥٨).

(٣) صحيح مسلم (١٧١٨).

بعد قبضه، ولا يتوقف فسخه على رضا الطرفين، ما دامت عينه قائمة، ولم تتغير، ولم يتصرف فيها قابضها.

قال ابن عابدين الحنفي في حاشيته: «الفاسد يجب فسخه على كل منهما بدون رضا الآخر، وكذا للقاضي فسخه بلا رضاهما»(١).

وقال ابن الجلاب المالكي في كتابه التفريع: «من اشترى شيئًا بيعًا فاسدًا فسخ بيعه، ورد المبيع على بائعه»(٢).

وقال ابن رشد: «اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت، ولم تفت بإحداث عقد فيها، أو نماء، أو نقصان، أو حوالة سوق، أن حكمها الرد - أعني أن يرد البائع الثمن، والمشتري المثمون»(٣).

واختلفوا في قبضه، هل يفيد الملك إذا قبض؟

فقالت الحنفية: إذا قبض بإذن صاحبه أفاد الملك(٤).

وقالت المالكية: يفيد شبهة الملك(٥).

وذهب الشافعية والحنابلة: إلى أنه لا يفيد الملك أبدًا.

قال النووي: «إذا اشترى شيئًا شراء فاسدًا، إما لشرط فاسد، وإما لسبب

---

(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ١٢٤).

(٢) التفريع لابن الجلاب (٢/ ١٨٠).

(٣) بداية المجتهد (٢/ ١٤٥).

(٤) انظر المبسوط (١٣/ ٢٢، ٢٣)، تبيين الحقائق (٤/ ٦١)، العناية شرح الهداية (٦/ ٤٥٩، ٤٦٠)، الهداية مع فتح القدير (٦/ ٤٠٤)، البدائع (٥/ ١٠٧)، وسوف أتوسع إن شاء الله تعالى في مبحث خاص في مسألة ضمان ما قبض بعقد فاسد في مبحث قادم.

(٥) مواهب الجليل (٤/ ٢٢٢)، منح الجليل (٥/ ٢٦).

آخر، ثم قبضه، لم يملكه بالقبض، ولا ينفذ تصرفه فيه ويلزمه رده وعليه مؤنة رده، كالمغصوب، ولا يجوز حبسه لاسترداد الثمن»(١).

وقال ابن قدامة: «وكل موضع فسد العقد لم يحصل به ملك، وإن قبض؛ لأنه مقبوض بعقد فاسد، فأشبه ما لو كان الثمن ميتة، ولا ينفذ تصرف المشتري فيه، وعليه رده بنمائه المنفصل والمتصل، وأجرة مثله مدة مقامه في يده، ويضمنه إن تلف أو نقض بما يضمن به المغصوب؛ لأنه ملك غيره، حصل في يده بغير إذن الشرع، أشبه المغصوب»(٢).

[م - ٤] واختلفوا في وجوب فسخه إذا تصرف فيه قابضه أو تغير؟

فذهب الحنفية إلى أنه يبطل حق الفسخ إذا هلك المبيع في يد المشتري، أو استهلكه، أو أخرجه من يده ببيع صحيح، أو بهبة، أو زاد فيه المشتري شيئًا من ماله، كما لو كان المبيع دارًا، فعمرها، أو أرضًا، فغرس فيها أشجارًا، أو تغير اسم المبيع، بأن كان حنطة، فطحنها، وجعلها دقيقًا(٣).

وقال مالك: يفسخ ما لم يفت(٤).

وقال الشافعية والحنابلة: يفسخ أبدًا حيثما وقع، وكيفما وجد، فات، أو لم يفت.

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٤٠٨)، وانظر المجموع (٩/ ٤٥٥).

(٢) الكافي (٢/ ٤٠).

(٣) انظر المادة رقم (٣٧٢).

(٤) أحكام القرآن لابن العربي (٤/ ١٨٢)، والفوات عند المالكية يحصل بإحداث عقد فيها، أو حصول نماء، أو نقصان، أو حوالة سوق: أي تغير سعر السوق، وقد تقدم النقل عن ابن رشد قبل قليل.

قال في منح الجليل: «قال مالك، والشافعي، وأحمد بن حنبل رضي الله تعالى عنهم: النهي يدل على الفساد.

وقال أبو حنيفة: يدل على الصحة.

فكل واحد طرد أصله إلا مالكًا - أي لم يطرد حكمه في هذا الباب -.

فقال أبو حنيفة: يجوز التصرف في المبيع بيعًا فاسدًا ابتداء، وهذه هي الصحة.

وقال الشافعي ومن وافقه: لا يثبت أصلًا، ولو تداولته الأملاك، وهذا هو الفساد... طرد الحنفي أصله، وقال: إذا اشترى جارية شراء فاسدًا، جاز له وطؤها، وكذا سائر العقود الفاسدة، وطرد الشافعي أصله، وقال: يحرم الانتفاع مطلقًا، وإن باعه ألف بيع، وجب نقضه، ونحن خالفنا أصلنا، وراعينا الخلاف، وقلنا: البيع الفاسد يثبت شبهة الملك فيما يقبله، فإذا لحقه أحد أربعة أشياء تقرر الملك بالقيمة، وهي حوالة السوق - أي تغيره- وتلف العين، ونقصانها، وتعلق حق الغير بها على تفصيل في ذلك في كتب الفروع... وقال ابن مسلمة: يمضي الفاسد المختلف فيه...»(١).

فالفرق بين مذهب الحنفية والمالكية في أثر العقد الفاسد: أن الحنفية يشترطون مجرد القبض.

وأما المالكية فيشترطون القبض، وفوات الرجوع في المبيع، كما لو باعه بعد قبضه.

والحنفية يعتبرون الملك حقيقة، والمالكية يعدونه شبهة على خلاف في المذهب(٢).

---

(١) منح الجليل (٥/ ٢٦).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٣٨٥).

=

❑ سبب الخلاف بين الحنفية والجمهور:

يرجع الخلاف بين الحنفية والجمهور في هذه المسألة إلى مسألة أصولية، وهي: هل النهي يقتضي فساد المنهي عنه، أو لا؟ أو يقتضي ذلك في حال دون حال، وسأفرد هذه المسألة بالبحث إن شاء الله تعالى فيما يلي بالرغم من كونها من المباحث الأصولية ليكون القارئ على اطلاع على أدلة الأقوال، والله أعلم.

❁ ❁ ❁

= وقال ابن رشد في بداية المجتهد (٢/ ١٤٥): «القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع: وهو النظر في حكم البيع الفاسد إذا وقع:
فنقول: اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت، ولم تفت بإحداث عقد فيها، أو نماء، أو نقصان، أو حوالة سوق أن حكمها الرد - أعني أن يرد البائع الثمن والمشتري المثمون.
واختلفوا إذا قبضت، وتصرف فيها بعتق، أو هبة، أو رهن، أو غير ذلك من سائر التصرفات، هل ذلك فوت يوجب القيمة، وكذلك إذا نمت، أو نقصت؟
فقال الشافعي: ليس ذلك كله فوتًا، ولا شبهة ملك في البيع الفاسد، وأن الواجب الرد.
وقال مالك: كل ذلك فوت يوجب القيمة، إلا ما روى عنه ابن وهب في الربا أنه ليس بفوت، ومثل ذلك قال أبو حنيفة، والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم إلى محرمة، وإلى مكروهة، فأما المحرمة، فإنها إذا فاتت مضت بالقيمة، وأما المكروهة، فإنها إذا فاتت صحت عنده، وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض؛ لخفة الكراهة عنده في ذلك، فالشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا، والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه، كبيع الخمر، والخنزير، فليس عندهم فيه فوت، ومالك يرى أن النهي في هذه الأمور إنما هو لمكان عدم العدل فيها - أعني بيوع الربا والغرر - فإذا فاتت السلعة، فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة؛ لأنه قد تقبض السلعة، وهي تساوي ألفًا، وترد، وهي تساوي خمسمائة، أو بالعكس، ولذلك يرى مالك حوالة الأسواق فوتا في المبيع الفاسد...».
وقد أكثرت من النقول عن مذهب مالك لبيان أن مذهب المالكية يقترب من مذهب الحنفية، بأن هناك فرقًا بين الفاسد والباطل من بعض الوجوه، والله أعلم.

الفرع الثالث
في النهي المطلق هل يقتضي فساد المنهي عنه

قال ابن تيمية: الأصل في النهي التحريم والفساد[(١)].

وقال الدسوقي: النهي عن الشيء إما لذاته كالدم، والخنزير، أو لوصفه كالخمر، وهو الإسكار، أو لخارج عنه لازم له، كصوم يوم العيد... فإن كان النهي لواحد مما ذكر كان مقتضيًا للفساد، وإن كان النهي عن الشيء لخارج عنه، غير لازم له، كالصلاة في الدار المغصوبة، فلا يقتضي الفساد[(٢)].

❑ **تحرير محل الخلاف:**

محل الخلاف إنما هو في النهي المطلق الخالي من القرائن، أما إذا اقترن بالنهي قرينة تدل على أن النهي للفساد، أو اقترن به ما يدل على أن النهي ليس للفساد، فلا خلاف بينهم في حمل النهي على ما دلت عليه القرينة[(٣)].

[م - ٥] وقد اختلف أهل العلم في النهي المطلق، هل يدل على فساد المنهي عنه على أقوال:

فقيل: النهي المطلق يدل على الفساد مطلقًا، وهو مذهب الجمهور[(٤)].

---

(١) شرح العمدة (٤/ ٥١٠).

(٢) حاشية الدسوقي (٣/ ٥٤).

(٣) البحر المحيط (٢/ ٤٥٢).

(٤) قال الباجي في إحكام الفصول (١/ ٢٣٤): «النهي عن الشيء يقتضي فساد النهي عنه، وبهذا قال القاضي أبو محمد، وجمهور أصحابنا...». وانظر الخرشي (٥/ ٦٧، ٦٨)، أنوار البروق في أنواع الفروق (٢/ ١٨٣).

وقال الآمدي في الإحكام (٢/ ٤٣٢): «اختلفوا في النهي عن التصرفات والعقود =

وقيل: لا يدل عليه مطلقًا[١].

قال في الإحكام: «وهو اختيار المحققين من أصحابنا، كالقفال وإمام الحرمين... وكثير من الحنفية»[٢]، واختاره الغزالي[٣].

وقيل: النهي يدل على الفساد في العبادات دون المعاملات[٤].

وقيل: إن عاد النهي لذات المنهي عنه، كالدم، والميتة، والخنزير، أو عاد النهي لوصف ملازم له، كالإسكار في الخمر، فالنهي يقتضي الفساد.

وإن عاد النهي إلى غير ذات الشيء، وإلى غير وصف ملازم له، وإنما لأمر خارج عنه، كان مقتضاه الكراهة، كالبيع بعد نداء الجمعة، والصلاة في الدار المغصوبة، والذبح بسكين مسروقة[٥].

= المفيدة لأحكامها، كالبيع، والنكاح، ونحوهما، هل يقتضي فسادها أولا؟ فذهب جماهير العلماء.... إلى فسادها».
وقال مثله الغزالي في المستصفى (ص٢٢١). وانظر العدة (٢/ ٤٣٢)، شرح الكوكب المنير (٣/ ٨٥).

(١) انظر المحصول (٢/ ٢٩١)، شرح الكوكب المنير (٣/ ٩٤).
(٢) الإحكام (٢/ ١٨٨).
(٣) المستصفى (ص٢٢١).
(٤) انظر: الحجة في بيان المحجة (٢/ ٥٣١)، المعتمد (١/ ١٧١)، المستصفى (ص٢٢١)، العدة (٢/ ٤٣٢)، شرح الكوكب المنير (٣/ ٨٥)، وقال ابن اللحام في كتابه القواعد (٢/ ٦٩٩): «الثالث: وهو المختار في المحصول، والمنتخب، وغيرهما، وقال أبو الحسين البصري: يدل عليه في العبادات دون المعاملات». وانظر إرشاد الفحول (١/ ٤٩٩، ٥٠٠).
(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٥٤)، وعلل به ابن قدامة في المغني (٤/ ١٤٨، ١٤٩) في مسائل منها: بيع الناجش، وتلقي الجلب، وبيع الحاضر للباد، فإنه صحح هذه البيوع مع التحريم، وقال: «إن النهي عائد إلى الناجش لا إلى العقد، فلم يؤثر في البيع، ولأن النهي لحق الآدمي، فلم يفسد العقد، كتلقي الركبان، وبيع المعيب، والمدلس...».

والأقوال في هذه المسألة كثيرة، وهذه هي أهم الأقوال، وقد أوصل الزركشي الأقوال في هذه المسألة إلى تسعة أقوال(١).

وفي كتب الفروع تجد في الكتاب الواحد مسائل كثيرة يحكمون عليها بالبطلان؛ ويعللون الحكم بأن الأصل في النهي الفساد، ثم تأتي مسائل أخرى لا يقولون فيها بالبطلان، مع أنه مقتضى التعليل السابق، وبعضهم يدعي أنها خرجت بدليل، وفي كثير منها نظر(٢).

وهذه المسألة من المباحث الأصولية، وقد أشرت إلى أهم الأقوال، والله أعلم.

❑ دليل من قال: النهي يقتضي الفساد:

الدليل الأول:

(ح-٢) ما رواه مسلم في صحيحه من طريق سعد بن إبراهيم، عن القاسم بن محمد، قال: **أخبرتني عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «من عمل عملًا ليس عليه أمرنا فهو رد»**(٣).

وجه الاستدلال:

أن معنى رد: أي مردود على صاحبه، والمردود: هو الباطل.

---

(١) انظر البحر المحيط (٢/ ٤٤٥).

(٢) وقد أشكل هذا على أبي بكر الجصاص في كتابه الفصول في الأصول (٢/ ١٦٩ - ١٧٤) مما جعله يقرر أن مذهب الحنفية القول بأن النهي يقتضي الفساد، وقال ابن اللحام في القواعد (٢/ ٧٠٢): «وفي المذهب فروع منهي عنها، لم يقولوا فيها بالفساد، ادعى الأصحاب أنها خرجت بدليل، وفيه نظر، والله أعلم».

(٣) صحيح مسلم (١٧١٨).

الدليل الثاني:

(ح-٣) ما رواه البخاري من طريق أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «**دعوني ما تركتكم، إنما هلك من كان قبلكم بسؤالهم واختلافهم على أنبيائهم، فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم**». ورواه مسلم(١).

فأفاد وجوب اجتناب المنهي عنه، وتصحيحه يدل على عدم اجتنابه، وهذا مخالف لنهيه ﷺ.

الدليل الثالث:

«إذا كان الأمر يقتضي الصحة، فالنهي نقيضه، والنقيضان لا يجتمعان، فيكون النهي مقتضيًا للفساد.

وأجيب:

بأن الأمر يقتضي الصحة شرعًا، لا لغة، فاقتضاء الأمر للصحة لغة ممنوع، كما أن اقتضاء النهي للفساد لغة ممنوع»(٢).

الدليل الرابع:

لا نعرف أن الشيء صحيح، أو باطل إلا بالأمر والنهي، ولم يأت في كلام الشارع أن هذا العقد صحيح، أو فاسد، أو هذا شرط، أو ركن، أو واجب، وإنما هذه عبارات أحدثها الفقهاء، وإنما الشارع دل الناس بالأمر، والنهي، والتحليل والتحريم.

---

(١) البخاري (٧٢٨٨)، ومسلم (١٣٧٧).

(٢) إرشاد الفحول (١/ ٤٩٩).

والصحابة، والتابعون، وسائر أئمة المسلمين كانوا يحتجون على فساد العقود بمجرد النهي، كما احتجوا على فساد نكاح ذوات المحارم بالنهي المذكور في القرآن، واستدلوا على فساد نكاح المطلقة ثلاثا بقوله: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وكذلك استدل الصحابة على فساد نكاح الشغار بالنهي عنه، وكذلك عقود الربا، وغيرها. فعلموا أن ما نهى الله عنه فهو من الفساد، وليس من الصلاح؛ فإن الله لا يحب الفساد، فلا ينهى عما يحبه، وإنما ينهى عما لا يحبه، فعلموا أن المنهي عنه فاسد، ليس بصالح، وإن كانت فيه مصلحة، فمصلحته مرجوحة بمفسدته. وقد علموا أن مقصود الشرع رفع الفساد، ومنعه، لا إيقاعه، والإلزام به، فلو ألزموا بموجب العقود المحرمة لكانوا مفسدين، غير مصلحين، والله لا يصلح عمل المفسدين، وكل من عمل بمعصية الله فهو مفسد، والمحرمات معصية لله، فالشارع ينهى عنها ليمنع الفساد ويدفعه. ولا يوجد قط في شيء من صور النهي صورة ثبتت فيها الصحة بنص، ولا إجماع، فالطلاق المحرم، والصلاة في الدار المغصوبة، فيها نزاع، وليس على الصحة نص يجب اتباعه، فلم يبق مع المحتج بهما حجة. لكن من البيوع ما نهي عنها لما فيها من ظلم أحدهما للآخر: كبيع المصراة، والمعيب، وتلقي السلع، والنجش، ونحو ذلك، ولكن هذه البيوع لم يجعلها الشارع لازمة كالبيوع الحلال، بل جعلها غير لازمة، والخيرة فيها إلى المظلوم، إن شاء أبطلها، وإن شاء أجازها؛ فإن الحق في ذلك له، والشارع لم ينه عنها لحق مختص بالله، كما نهى عن الفواحش، بل هذه إذا علم المظلوم بالحال في ابتداء العقد، مثل أن يعلم بالعيب، والتدليس، والتصرية، ويعلم السعر إذا كان قادمًا بالسلعة، ويرضى بأن يغبنه المتلقي جاز ذلك، فكذلك إذا علم بعد العقد، إن رضي أجاز، وإن لم يرض كان له الفسخ،

وهذا يدل على أن العقد يقع غير لازم، بل موقوفًا على الإجازة، إن شاء أجازه صاحب الحق، وإن شاء رده، ولا يقال: إن صحة هذه العقود بعد إجازة من له الحق دليل على أن النهي لا يقتضي الفساد، بل يقتضي الفساد إن أراد صاحب الحق ذلك، وإن تنازل عن حقه فله ذلك.

وكذلك الصلاة في الدار المغصوبة، والذبح بآلة مغصوبة، وطبخ الطعام بحطب مغصوب، وتسخين الماء بحطب مغصوب، كل هذا إنما حرم لما فيه من ظلم الإنسان، وذلك يزول بإعطاء المظلوم حقه، فإذا أعطاه بدل ما أخذه من منفعة ماله، أو من أعيان ماله، فأعطاه كراء الدار، وثمن الحطب، وتاب هو إلى الله من فعل ما نهاه عنه، فقد برئ من حق الله وحق العبد، وصارت صلاته كالصلاة في مكان مباح، والطعام بوقود مباح، والذبح بسكين مباحة، وإن لم يفعل ذلك كان لصاحب السكين أجرة ذبحه، ولا تحرم الشاة كلها، وكان لصاحب الدار أجرة داره، لا تحبط صلاته كلها لأجل هذه الشبهة، وهكذا إذا أكل الطعام، ولم يوفه ثمنه، كان بمنزلة من أخذ طعامًا لغيره فيه شركة، ليس فعله حرامًا، ولا هو حلالًا محضًا، فإن نضج الطعام فلصاحب الوقود فيه شركة، وكذلك الصلاة يبقى عليه اسم الظلم، ينقص من صلاته بقدره، فلا تبرأ ذمته كبراءة من صلى صلاة تامة، ولا يعاقب كعقوبة من لم يصل، بل يعاقب على قدر ذنبه، وكذلك آكل الطعام، يعاقب على قدر ذنبه، والله تعالى يقول: ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ ۝٧ وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُۥ﴾ [الزلزلة: ٧، ٨] ولا يؤخذ من ذلك مطلقًا بأن النهي لا يقتضي الفساد[١].

(١) انظر الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٥/ ١٣٨).

❑ دليل من قال: النهي يقتضي الفساد في العبادات خاصة.

قالوا: إن العبادة المنهي عنها لو صحت لكانت مأمورًا بها ولو ندبًا؛ لعموم أدلة مشروعية العبادات، فيجتمع النقيضان: لأن الأمر لطلب الفعل، والنهي لطلب الترك، وهو محال، وأما غير العبادات فلو قلنا: يدل النهي على الفساد لاقتضى نجاسة الثوب المغسول بماء مغصوب، والصلاة في الدار المغصوبة... وهكذا، فاللازم باطل، فالملزوم مثله.

❑ دليل من قال: النهي لا يقتضي الفساد.

هناك أشياء نهى عنها الشارع وصححها لوجود قرينة، كالنهي عن تلقي الجلب، ومع ذلك أثبت للبائع الخيار إذا أتى السوق، ونهى عن التصرية، وأثبت للمشتري الخيار إذا وقع البائع في النهي، وثبوت الخيار فرع عن صحة البيع فيهما، فدل ذلك على أن التحريم والصحة قد يجتمعان، ولا تلازم بين النهي والفساد، وإذا كان لا تلازم بين النهي والفساد، لم تكن صيغة النهي وحدها دالة على الفساد، وإنما تدل على التحريم، والممنوع أن يكون الشيء منهيًا عنه، ومأمورًا به في ذات الوقت، فيمتنع أن يقال: حرَّمت عليك الطلاق في حال الحيض، وأمرتك به، وأبحته لك، وأما إذا قال: حرَّمت عليك الطلاق في الحيض، فإن فعلت فقد وقع الطلاق، وأنت آثم، وحرمت عليك الصلاة في الثوب المغصوب، فإن فعلت صحت الصلاة، وأنت آثم، فشيء من هذا ليس بممتنع[1]. فدل على أن النهي لا يقتضي الفساد.

وأجيب بجوابين:

الأول: ما ذكره ابن تيمية من أن الطلاق في حال الحيض قد وقع فيه نزاع في

(١) المستصفى (ص٢٢١).

وقوعه، وليس في المسألة إجماع على أن الطلاق يقع، وأما تلقي الجلب، وبيع المصراة، ونحوها فلا يقال: البيع صحيح، ولا فاسد حتى يجيزه من له الحق، فإذا أسقط الآدمي حقه، فله ذلك، وقد نقلنا كلام ابن تيمية في الجواب عن هذه المسائل في الدليل الرابع من القول السابق، فانظره.

الجواب الثاني: أن يقال: لو لم يوجد قرينة دالة على صحة البيع في تلقي الجلب، وبيع المصراة لم نقل بصحته، ونحن لا نمانع من القول بالصحة إذا وجدت قرينة دالة على ذلك، وإنما الكلام في النهي المطلق الخالي من القرائن، فكما يقال: الأصل في النهي التحريم، فإذا وجدت فيه قرينة على أن النهي للكراهة صرفنا النهي عن أصله، فكذلك الأصل في النهي الفساد، فإذا وجدت قرينة تدل على الصحة صرفناه عن أصله.

❑ دليل من فرق بين النهي العائد لذات العبادة والعائد لخارج منها.

ذكر أصحاب هذا القول بأن الأدلة قد قامت على أن النهي إذا لم يتناول معنى في نفس العقد، أو القربة المفعولة، أو ما هو من شروطها التي يخصها لم يمنع جواز ذلك، نحو البيع عند أذان الجمعة، وتلقي الجلب، وبيع حاضر لباد، ومثل الصلاة في الأرض المغصوبة، والطهارة بماء مغصوب، وغسل النجاسة به، والوقوف بعرفات على جمل مغصوب، وكون الفعل فيها منهيًا عنه في هذه الصفة لا يمنع من القول بصحته؛ لأن النهي عنها لم يتناول معنى في نفس المفعول، وإنما تناول معنى في غيره، وكون الإنسان مرتكبًا للنهي عاصيًا في غير المعقود عليه لا يمنع وقوع فعله موقع الصحة، والدليل على صحة ما ذكرنا: أن الرجل في الصلاة لو رأى رجلًا يغرق، وقد كان يمكنه تخليصه، أنه منهي عن المضي في هذه الصلاة، ومأمور بتخليص الرجل، فإن لم يفعل، ومضى في صلاته، كانت صلاته مجزئة، ولولا أن ذلك كذلك لقلنا: لا يجوز له فعل الصلاة.

وفي اتفاق المسلمين على صحة صلاة من هذا وصفه دلالة على أن النهي إذا لم يتعلق بمعنى في نفس العقد، أو في نفس القربة المفعولة، أو بما هو من شروطها التي تختص بها، أنه لا يمنع صحة العقد، ووقوع القربة موقع الجواز، ألا ترى أن تخليص الرجل من الغرق ليس من الصلاة، ولا من شروطها في شيء. ألا ترى أن من عليه تخليص الغريق لو اشتغل بالصلاة أيضا كان عاصيًا في اشتغاله عن تخليصه، وأن أذان الجمعة ليس من نفس البيع، ولا من شرطه، فلم يفسد البيع من أجله، وإن كان منهيًا عنه؛ لأن المعنى فيه الاشتغال عن صلاة الجمعة لا البيع؛ لأنه لو لم ينعقد البيع في ذلك الوقت، واشتغل بغيره كان النهي قائما في اشتغاله بغير الصلاة، فعلمت أن النهي إنما تناول الاشتغال عن الجمعة، لا البيع نفسه، وكذلك النهي عن تلقي الجلب، وبيع حاضر لباد، إنما هو لأجل حق الغير، لا لأجل البيع، وكذلك في استيام الرجل على سوم أخيه، أنه منهي عنه، ولو عقد البيع على هذا الوجه كان العقد صحيحًا مع كونه منهيا عنه؛ لأن النهي عنه إنما تعلق لحق المساوم، لا بالعقد نفسه. ونظائر ذلك كثيرة، وفيما ذكرنا تنبيه على المعنى في أشباهه، فصار ما ذكرنا أصلا في هذه المسائل[١].

❑ الراجح من الخلاف:

الأصل الشرعي في النهي المطلق أنه يقتضي فساد المنهي عنه، فقد أمرنا الله ﷻ باجتناب ما نهى عنه، أو نهى عنه رسوله ﷺ، ووقوعه منا مخالفة لأمر الله ورسوله ﷺ، ولكن إذا وجد ما يدل على صحة الفعل بعد وقوعه عمل بذلك، كما أننا نقول: الأصل في الأمر الوجوب، وفي النهي التحريم، وإذا ما

---

(١) الفصول في الأصول (٢/ ١٧٤).

وجد ما يدل على الاستحباب، أو الكراهة عمل به، ومن القرائن الدالة بأن النهي لا يقتضي الفساد أن يكون النهي لحق الآدمي مثلًا، كتلقي الجلب، وعقد المصراة، ونحوها، ويمكن أن نلحق بهذه الصورة: البيع الذي توفرت فيه شروط الصحة، ولم يطابق العقد نهي، وإنما نهينا عن البيع لتعلقه بمحظور آخر، كما لو لم يبق من وقت الصلاة إلا مقدار ما يؤدي فيه العبادة، فانشغل بالبيع حتى خرج وقت الصلاة بالكلية، فالانشغال محرم، ولكن إبطال البيع لن يرفع المفسدة، بل يزيدها مفسدة على مفسدة، وذلك بكون الضرر يتعدى إلى المشتري وهو لم يرتكب محرمًا، ولم يقصر في القيام بالواجب.



الفرع الرابع
يجب في الفاسد من العقود
نظير ما يجب في الصحيح

قال الزيلعي: الفاسد من العقود معتبر بالصحيح منها(١).

وقال الحطاب: «فاسد العقود في الضمان كصحيحها»(٢).

[م - ٦] إذا قبض المبيع بعقد فاسد، فإنه يجب رده ما دامت عينه قائمة، فإن تلفت عينه بيد المشتري، فهل يضمنه المشتري؟ في ذلك خلاف بين أهل العلم.

فقيل: لا يضمنه، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى(٣).

---

(١) تبيين الحقائق (٥/ ٦٤).

(٢) مواهب الجليل (٦/ ٣٦)، وفي منهاج الطالبين (ص٥٦): «حكم فاسد العقود حكم صحيحها في الضمان».
وفي حاشية الرملي (٢/ ٣٢٦): وكشاف القناع (٣/ ١١٠): «فاسد العقود كصحيحها في الضمان وعدمه».

(٣) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٢/ ٦٥)، وجاء في مجمع الضمانات (١/ ٤٧٨): «البيع الباطل لا يفيد الملك، ولو هلك المبيع بيد المشتري فلا يكون أمانة عند بعض المشايخ؛ لأن العقد غير معتبر، فبقي القبض بإذن المالك. وعند البعض يكون مضمونًا؛ لأنه لا يكون أدنى حالًا من المقبوض على سوم الشراء، وقيل: الأول قول أبي حنيفة رحمه الله، والثاني قولهما، ذكره في الهداية»اهـ.
وجاء في المرجع السابق: «الفاسد يفيد الملك عند القبض، ويكون المبيع مضمونًا في يد المشتري يلزمه مثله إن كان مثليًا، والقيمة إن كان قيميًا كما في الهداية».
وهذا النص يفيد أن الخلاف في الضمان في مذهب الحنفية إنما هو في المبيع إذا قبض بعقد باطل، وأما المبيع بعقد فاسد فإنه يضمن قولًا واحدًا، على تفريق المذهب بين الباطل والفاسد، وأما مذهب الجمهور فالباطل والفاسد مترادفان، فلا فرق.

وقيل: يضمنه كما لو قبضه بعقد صحيح، وهو مذهب الجمهور(١)، وقول في مذهب الحنفية(٢).

---

(١) ففي مذهب المالكية قال خليل في مختصره: «وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض».
قال الخرشي في شرحه لهذه العبارة (٥/ ٨٥): «يريد أن ضمان المبيع في البيع الفاسد لا ينتقل من ضمان البائع إلى المشتري إلا بقبضه قبضًا مستمرًا في العقد... لأن المبتاع لم يقبضه إلا لحق نفسه على نحو ما يقبضه المالك، لا يوثقه كالرهان، ولا للانتفاع به مع بقاء عينه كالعواري.... وقيدنا القبض بالاستمرار لنحترز عما إذا اشترى سلعة شراء فاسدًا، فقبضها المشتري، ثم ردها إلى البائع على وجه أمانة، أو غير ذلك كما لو استثنى ركوب الدابة، فهلكت بيد البائع فإن ضمانها من البائع، وقبض المشتري لها كلا قبض؛ لأنه يقول: كان لي أن أردها عليك، وها هي في يدك».
وجاء في الفواكه الدواني (٢/ ٨٧): «كل بيع فاسد لفقد شرط، أو وجود مانع، فضمانه من البائع؛ لبقائه على ملكه حيث لم يقبضه المبتاع، فإن قبضه المبتاع قبضًا مستمرًا بعد بت البيع، فضمانه من المبتاع من يوم قبضه.... وإنما ضمنه بقبضه؛ لأنه قبضه على جهة التملك، لا على جهة الأمانة، فإن لم يقبضه فلا ضمان» وانظر مواهب الجليل (٤/ ٣٨٠)، التاج والإكليل (٦/ ٢٥٧، ٢٥٨).
وفي مذهب الشافعية: جاء في الحاوي الكبير (١١/ ٤٢) «أصول الشرع مستقرة على أن أحكام العقود الفاسدة معتبرة بأحكامها في الصحة».
وفي كتاب المنثور في القواعد (٢/ ٨، ٩): «فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه» وانظر الأشباه والنظائر للسبكي (١/ ٣٠٧)، وللسيوطي (ص٤٧٤، ٤٧٥)، المجموع (٩/ ٣٣٨).
وفي كتب الحنابلة: جاء في كشاف القناع (٣/ ٢٦٨): «فاسد العقود كصحيحها في الضمان وعدمه».
وقال ابن قدامة في المغني (٥/ ٦٥): «القبض في العقد الفاسد، كالقبض في الصحيح، فما كان القبض في صحيحه مضمونًا، كان مضمونًا في فاسده».
وقال ابن رجب في قواعده: القاعدة (٦٧): «كل عقد يجب الضمان في صحيحه، يجب الضمان في فاسده، وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه، لا يجب الضمان في فاسده».
وفي مجلة الأحكام الشرعية، المادة (٣٢٦): «لا تصح التصرفات في المقبوض بعقد فاسد، وهو مضمون بزوائده، ومنافعه».
(٢) انظر النصوص المنقولة في القول الأول.

❑ تعليل أبي حنيفة لعدم وجوب الضمان:

قبض المشتري للمبيع إنما تم بإذن المالك، وما كان مأذونًا له فيه فلا ضمان عليه[١].

❑ تعليل الجمهور لوجوب الضمان:

التعليل الأول:

أن المشتري قبضه على جهة التملك، فهو قبضه لحق نفسه، فلم يقبضه على جهة الأمانة، ولم يقبضه باسم التوثقة، كالرهن.

التعليل الثاني:

إذا كان المقبوض بسوم الشراء لو تلف ضمنه القابض، فهذا أولى.

❑ الراجح من الخلاف:

بعد استعراض الأقوال والأدلة أجد القول بأن العقد الفاسد يوجب الضمان كالعقد الصحيح هو الأقوى، والله أعلم.

❀ ❀ ❀

(١) العناية شرح الهداية (٦/ ٤٠٤)، مجمع الضمانات (ص٢١٥).

الفرع الخامس
في كيفية ضمان العقد الفاسد

جاء في موسوعة القواعد والضوابط الفقهية: «الأصل: أن المضمون نوعان: مضمون بالقبض، ومضمون بالعقد، وكل مضمون بالعقد الصحيح فهو مضمون بالمسمى في العقد، وكل مضمون بالعقد الفاسد فهو مضمون بالقبض، وكل مضمون بالقبض فهو مضمون بنفسه، لا بالمسمى في العقد. . . وهي القيمة إن كان من ذوات القيم، والمثل إن كان من ذوات الأمثال»(١).

[م -٧] وإذا رجحنا وجوب الضمان فإن كان التالف مثليًا وجب مثله، وإن كان قيميًا، فهل يضمن بالقيمة، أو يضمن بالثمن المسمى بين العاقدين؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

❑ القول الأول:

يضمن بالقيمة على خلاف، هل الواجب قيمته يوم تلفه؟ لأن القيمة إنما وجبت بتلف المبيع، فاعتبرت القيمة يوم التلف، وهو مذهب الحنابلة(٢)، ووجه في مذهب الشافعية(٣)، وقول محمد من الحنفية.

---

(١) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية - علي أحمد الندوي - نقلًا من مجموعة الأصول (ورقة: ٣٢).

(٢) قال في مجلة الأحكام الشرعية (مادة: ١٤٢٩): «ضمان المتلف كضمان المغصوب في لزوم المثل إن كان مثليًا، أو القيمة يوم التلف إن كان متقومًا».
وانظر الإنصاف (٤/ ٣٦٢)، كشاف القناع (٣/ ١٩٨)، المغني (٤/ ١٥٩)، الفروع (٤/ ١٤٥).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٤٦).

أو يجب الضمان بقيمته يوم قبضه، وهو مذهب الحنفية[١]، والمالكية[٢]، وقول في مذهب الشافعية[٣].

وعللوا ذلك بأن القبض هو سبب الضمان.

❑ القول الثاني:

يضمن بأقصى القيمة للمتلف من وقت القبض إلى وقت التلف، وهو مذهب الشافعية[٤].

وقيل: يضمن بالثمن المسمى، وهو اختيار ابن تيمية رحمه الله تعالى[٥].

❑ دليل من قال: الضمان بالقيمة:

الدليل الأول:

قال: لما كان العقد فاسدًا لم يعتبر الثمن المسمى، وكان وجود العقد

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٤)، العناية شرح الهداية (٦/ ٤٠٤، ٤٦٨).

(٢) جاء في المدونة (٣/ ٢٦٧): «كل صفقة وقعت فاسدة، فالمصيبة فيها من البائع حتى يقبضها المشتري. قلت: فإذا قبضها المشتري، فهلكت عنده، فالصفقة فاسدة، فأي شيء يضمن المشتري، أقيمتها أم الثمن الذي وقعت به الصفقة؟ قال مالك: يضمن قيمتها يوم قبضها». وانظر المنتقى للباجي (٦/ ١٩١)، مواهب الجليل (٤/ ٣٨٠).

وجاء في التاج والإكليل (٦/ ٢٥٧، ٢٥٨): «قال ابن القاسم: كل بيع انعقد فاسدًا فضمان السلعة فيه من البائع، حتى يقبضها المشتري، وكل ما كان من حرام بين، ففسخ، فعلى المبتاع رد السلعة بعينها، فإن فاتت بيده رد القيمة فيما له قيمة، والمثل فيما له مثل، من موزون، أو مكيل، من طعام، أو عروض، وجزاف الطعام كالعروض فيه القيمة، والقيمة فيما ذكرنا يوم قبضها، لا يوم البيع، ويرد المثل بموضع قبضه».

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٤٦).

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٤٦)، أسنى المطالب (٢/ ٣٦)، شرح البهجة (٢/ ٤٣٥).

(٥) الفروع (٤/ ١٤٥)، قواعد ابن رجب (القاعدة: ٤٧)، الإنصاف (٨/ ٣٠٥).

كعدمه، فرجعنا إلى قيمة المبيع في نفسه.

الدليل الثاني:

أن اعتبار القيمة فيه عدل بين الطرفين، فقد يكون الثمن المسمى أكثر من القيمة الحقيقية، وقد يكون أقل، فلم نعتبر الثمن، والعقد فاسد، فنرجع إلى القيمة الحقيقة للمبيع.

❑ تعليل من قال: الضمان بأقصى القيمة من القبض إلى التلف.

قالوا: إنه مطالب في كل وقتٍ بِرَدِّه، ولم يفعل، فيعامل معاملة الغاصب.

ويجاب:

بأن يد الغاصب يد معتدية، فيعامل بالأشد، بينما المقبوض بالبيع الفاسد قبضه المشتري بإذن صاحبه ظانًا أن العقد صحيح، فتبين أن العقد فاسد، ولم يمض فيه بعد بيان فساده، فكيف يعامل معاملة الغاصب؟

❑ تعليل من قال: الضمان بالثمن المسمى.

التعليل الأول:

أن الثمن المسمى قد رضي به كل من العاقدين، وطابت أنفسهما به فهو أولى بالاعتبار من ثمن لم يتعاقدا عليه، ولم يرضياه، ولم يتفقا على قبوله.

التعليل الثاني:

العدل أن نقدر العقد الفاسد بكونه صحيحًا، ونوجب في هذا ما يجب في ذاك، فإذا كان الضمان بالعقد الصحيح إنما هو بالثمن المسمى بغض النظر عن قيمة المبيع الحقيقية، وكان وجوب الضمان بالعقد الفاسد مقيسًا على وجوبه بالعقد الصحيح، كان ضمانه مثله بالثمن المسمى، وهذا هو العدل المطلوب.

وأجيب:

بأن هناك فرقًا بين ضمان الشيء بالعقد، وبين ضمانه بالقبض فكل شيء يكون مضمونًا بالعقد يجب ضمانه بالمسمى، وذلك مثل العقد الصحيح، وكل شيء يكون ضمانه بالقبض فهو مضمون بنفسه، لا بالمسمى في العقد، فاعتبرت المالية القائمة بالعين يوم القبض، وهي القيمة إن كان من ذوات القيم، أو المثلية إن كان من ذوات الأمثال.

التعليل الثالث:

القياس على النكاح، فإذا فسد النكاح بعد الدخول وجب لها المهر المسمى، ولم يجب لها مهر المثل، فكذلك هنا.

وأجيب:

بأن هناك فرقًا بين النكاح والبيع الفاسد، فالضمان في النكاح الفاسد ضمان عقد، كضمانه في الصحيح، وضمان البيع الفاسد ضمان تلف، بخلاف البيع الصحيح، فإن ضمانه ضمان عقد(١).

مع أن وجوب المسمى في النكاح الفاسد ليس محل اتفاق، فالشافعية يطردون القاعدة، فيوجبون المسمى في النكاح الصحيح، ومهر المثل في النكاح الفاسد(٢).

التعليل الرابع:

أن إقباضه إياه إذن له في إتلافه بالعوض المسمى، فأشبه ما لو قال له: أتلفه بألف درهم، فأتلفه، فإنه لا يستحق عليه غير ما سمى له.

---

(١) الإنصاف (٨/ ٣٠٥).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٨٤).

وتعقبه ابن رجب بقوله:

وقد يجاب عن هذا، بأن المسمى إنما جعل عوضا عن الملك، لا عن الإتلاف، ولم يتضمن العقد إذنًا في الإتلاف، وإنما تضمن نقل ملك بعوض، ولم يوجد نقل الملك، فلا يثبت العوض، وإنما وجب الضمان بسبب متجدد(١).

❑ الراجح:

ليس في المسألة نص شرعي يجب الرجوع إليه، وما قدمه كل قول هو تعاليل، ولكل تعليل حظ من النظر، وأجد أضعفها مذهب الشافعية القائلين بوجوب أقصى القيمة من يوم القبض إلى يوم التلف، قياسًا على الغصب، وأجد أقواها ما اختاره ابن تيمية رحمه الله من أن الواجب الثمن المسمى في العقد لاتفاقهما عليه، وقبولهما إياه، كما لو كان العقد صحيحًا، والله أعلم.



---

(١) قواعد ابن رجب (القاعدة ٤٧).

التقسيم الثالث
تقسيم العقود باعتبار
كون المعقود عليه ماليًا أو غير مالي

تنقسم العقود باعتبار مالية المعقود عليه إلى ثلاثة أقسام:

❑ **القسم الأول:**

عقد مالي من الطرفين: كالبيع، والسلم، والإجارة، ونحوها.

❑ **القسم الثاني:**

عقد غير مالي من الطرفين: كعقد الهدنة.

❑ **القسم الثالث:**

عقد مالي من أحد الطرفين: كالنكاح، والخلع، والصلح عن الدم، ونحوها[1].



(١) انظر مبدأ الرضا في العقود (١/ ١٤٩).

التقسيم الرابع
تقسيم العقود باعتبار اللزوم وعدمه

تنقسم العقود باعتبار اللزوم، وعدمه إلى ثلاثة أقسام:

الأول: عقد لازم من الطرفين: وهو العقد الذي ينشىء التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، كالبيع يلتزم فيه البائع بنقل ملكية المبيع، ويلتزم فيه المشتري بدفع الثمن.

الثاني: عقد جائز من الطرفين: وهو العقد الذي يملك فيه كل طرف أن يفسخ العقد متى شاء، وذلك مثل الشركة، والوكالة، والمضاربة، والوصية والعارية، والجعالة.

الثالث: عقد لازم من طرف، وجائز من طرف آخر، وذلك مثل الرهن، فهو لازم من جهة الراهن بشرطه، وجائز من جهة المرتهن، وكذلك الضمان جائز من جهة المضمون له دون الضامن(١).

[م - ٨] وقد يتحول العقد الجائز إلى عقد لازم، إذا لزم من الفسخ ضرر بين، وقد ذكر ذلك ابن رجب في قواعده، فقال في القاعدة الستين: «التفاسخ

---

(١) يقول ابن الوكيل في كتابه الأشباه والنظائر (١/ ٣٧٥): «عقود المعاملات، ونحوها أربعة أقسام:

الأول: جائز من الطرفين، كالقراض، والشركة، والوكالة، والوديعة، والعارية، والجعالة ونحوها...

الثاني: لازم من الطرفين، كالبيع بعد الخيار، والسلم، والصلح والحوالة....

الثالث: لازم من أحد الطرفين دون الآخر، كالرهن بعد القبض لازم من جهة الراهن، والكتابة لازمة من جهة السيد، دون العبد، والكفالة والضمان جائزان من جهة المضمون له، لازمة من جهة الكافل....» ولم يذكر القسم الرابع، وانظر المنثور في القواعد (٢/ ٣٩٨).

في العقود الجائزة، متى تضمن ضررًا على أحد المتعاقدين، أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز، ولم ينفذ إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان، أو نحوه، فيجوز على ذلك الوجه»(١).

ثم ذكر أمثلة ذلك، يستحسن مراجعتها من الكتاب، وسيأتي تفصيل تلك المسائل في أماكن متفرقة من البحث إن شاء الله تعالى، بلغنا الله ذلك بمنه وكرمه.



(١) قواعد ابن رجب (ص١١٠).

التقسيم الخامس
تقسيم العقود باعتبار اشتراط القبض من عدمه

تنقسم العقود باعتبار اشتراط القبض إلى أقسام:

الأول: ما يشترط فيه القبض لبقائه على الصحة، كبيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، ومثل بيع السلم، فإنه يشترط فيه قبض الثمن في مجلس العقد.

الثاني: ما يشترط فيه القبض للزومه، وذلك مثل الرهن، والهبة للأجنبي.

الثالث: ما لا يشترط فيه القبض لا في صحته ولا في لزومه، وذلك مثل النكاح، والوصية.



التقسيم السادس
تقسيم العقود باعتبار نفاذها في الحال من عدمه

تنقسم العقود باعتبار نفاذها في الحال من عدمه إلى ثلاثة أقسام:

العقد المنجز: وهو العقد الصحيح المستوفي لأركانه وشروطه، والصادر من كامل الأهلية، غير مضاف إلى المستقبل، ولا معلق على شرط، وهذا هو الأصل في العقود: أي أن آثارها تترتب عليها فور إنشائها.

وقد تتوقف صحة العقد على كونه منجزًا، فإن تأخر بطل، وذلك كبيع الدراهم بالدراهم، وكبيع الدين بالدين.

وهناك عقود يستغرق تنفيذها مدة بحيث يكون الزمن عنصرًا أساسيًا فيها، وذلك مثل الإجارة، والإعارة، والشركة.

العقد المضاف للمستقبل: وهو ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن مستقبل، مثل آجرتك داري لسنة ابتداء من مطلع الشهر القادم، فينعقد في الحال، ولكن أثره لا يوجد إلا في الوقت الذي أضيف إليه.

وهناك من العقود عقود لا تقع إلا مضافة للمستقبل، وذلك مثل عقد الإيصاء(١).

---

(١) يطلق بعض الفقهاء الإيصاء ويقصد به الوصية، ويطلقه بعضهم على ما هو أخص من ذلك، حيث يطلقه على إقامة الإنسان غيره مقامه بعد وفاته في تصرف من التصرفات، أو في تدبير شئون أولاده الصغار، ورعايتهم، وذلك الشخص المقام يسمى الوصي. أما إقامة غيره مقامه في القيام بأمر في حال حياته، فلا يقال له في الاصطلاح إيصاء عندهم، وإنما يقال له وكالة. انظر الموسوعة الكويتية (٧/ ٢٠٥).

العقد الموقوف: وهو العقد الصادر من كامل الأهلية، إلا أنه لا يملك إصدار هذا العقد، أو كان معلقًا على شرط.

فالأول: كبيع الفضولي، فإنه موقوف على إجازة المالك، على خلاف بين الفقهاء في صحته، كما سيأتي إن شاء الله تعالى بحثه عند الكلام على شروط العاقد.

والثاني: المعلق على شرط كأن يقول: بعتك بيتي بشرط موافقة جاري، فإذا وافق الجار انعقد البيع[١].

❊ ❊ ❊

(١) انظر: نظرية العقد في الفقه الإسلامي - محمد سلامة (ص١٩)، دراسة شرعية لأهم العقود المالية - محمد مصطفى الشنقيطي (١/ ٨٥، ٨٧)، أحكام المعاملات - د كامل موسى (ص١٨٠).

التقسيم السابع
تقسيم العقود إلى بسيط ومركب

«العقد البسيط: هو ما اقتصر على عقد واحد، ولم يكن مزيجًا من عقود متعددة. . .كالبيع، والإيجار. . .

والعقد المختلط: هو ما كان مزيجًا من عقود متعددة اختلطت جميعًا، فأصبحت عقدًا واحدًا.

مثال ذلك: العقد بين صاحب الفندق، والنازل فيه: فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن، وبيع بالنسبة إلى المأكل، وعمل بالنسبة إلى الخدمة، ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة»(١).



(١) الوسيط في شرح القانون المدني (١/ ١٦٩).

التقسيم الثامن
تقسيم العقود إلى مسماة وغير مسماة

تنقسم العقود من حيث التسمية إلى قسمين:

العقود المسماة: وهي العقود التي نص الشارع على تسميتها، وجعل لها أحكامًا خاصة كالبيع، والإجارة، والرهن، والزواج، والخلع، والهبة، والوصية.

وعقود غير مسماة: وهي العقود التي لم ينص الشارع على تسميتها، وإنما استحدثت تبعًا لحاجة الناس، ولم تكن موجودة زمن التشريع، كعقود التأمين، والإجارة المنتهية بالتمليك، وعقد الاستصناع، وبيع الوفاء، وعقود النشر والدعاية، ونحوها[١].

وهذه العقود غير المسماة قد اختلف الناس في جوازها تبعًا لاختلافهم في حرية العاقد في إحداث العقود، والشروط، فالظاهرية لا يجيزون عقدًا، أو شرطًا إلا إذا نص الشارع بخصوصه على جوازه، بينما نجد الحنابلة يجيزون إحداث العقود، والشروط التي لا تخالف نصوص الشريعة، ولأهمية هذا المبحث سوف نفرد له مبحثًا خاصًا، هل الأصل في العقود الجواز، والصحة، أو الأصل في العقود التحريم والمنع.

هذه ثمان تقسيمات للعقود، ويستطيع الفقيه إحداث تقسيمات أخرى لاعتبارات، وفروق قد تكون شكلية، وقد تكون جوهرية، وفيما ذكرت من التقسيمات دليل على غيرها، وفيها كفاية إن شاء الله تعالى.

---

(١) انظر فقه المعاملات: دراسة مقارنة - د محمد عثمان الفقي (ص١٦٩)، نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع - محمد سلامة (ص١٧)، الوسيط في شرح القانون المدني (١/ ١٦٧).

العقد الأول: عقد البيع

☐ تمهيد: في تعريف البيع ☐

☐ تعريف البيع في اصطلاح الفقهاء(١):

يقصد من تعريف الشيء إيضاحه، وبيان حقيقته لغوية كانت، أو شرعية،

(١) في تعريف البيع لغة، جاء في القاموس (ص٧٠٥): باعه يَبِيعه بيْعًا ومبيعًا، والقياس: مباعًا: إذا باعه، وإذا اشتراه، ضد، وهو مبيع ومبيوع.
وقال أبو عبيد: البيع من حروف الأضداد في كلام العرب، يقال: باع فلان: إذا اشترى، وباع من غيره. انظر معجم تهذيب اللغة (١/ ٢٥٩).
قال الله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ [يوسف ٢٠] أي باعوه.
وفي النهاية لابن الأثير: «قال الزبير لابنه عبد الله: والله لا أشري عملي بشيء.... قال ابن الأثير: لا أشري؛ أي لا أبيع، يقال: شرى بمعنى باع، واشترى». انظر النهاية مطبوع في مجلد واحد: مادة الشين مع الراء (ص٤٧٧).
وذكر الزناتي في شرح الرسالة، أن لغة قريش استعمال باع إذا أخرج، واشترى إذا أدخل، قال: وهي أفصح، وعلى ذلك اصطلح العلماء تقريبا للفهم. وأما شرى فيستعمل بمعنى باع ففرق بين شرى، واشترى. انظر مواهب الجليل (٤/ ٢٢٢).
ويؤيده قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم بِأَنَّ لَهُمُ ٱلْجَنَّةَ﴾ [التوبة: ١١١]، فهنا تم أركان العقد الصحيح اللازم، الذي لا يتخلف: فالعقد بين الله ﷻ، وبين المجاهدين، والبائع هو المجاهد، والمشتري هو الله ﷻ، ومحل العقد: هو النفس، والمال، والعوض هو الجنة.
والشراء يمد، ويقصر، قاله في الصحاح، والمد أفصح.
والبيعان والمتبايعان: البائع والمشتري، يقال لكل واحد منهما بيع، وبائع، ومشتر.
قال القرطبي في المفهم في شرح مسلم (٤/ ٣٨١): «البيعان تثنية بيع، وهو يقال على البائع، والمشتري، كما يقال كل واحد منهما على الآخر».
وأبعت الشيء: عرضته للبيع. واستبتعته الشيء أي: سألته أن يبيعه مني، ويقال: بايعته من البيع. المرجع السابق.

ولكن الشيء إذا كان معروفًا، ومما يعلم بالضرورة كان تعريفه سببًا في غموضه بدلًا من إيضاحه، فلو أن أحدًا جاء ليعرف لنا الماء، لكان تعريفه سببًا في إبهامه، فالشيء المعروف، لا يعرف.

ولهذا قال بعض المالكية: معرفة حقيقة البيع ضرورية حتى للصبيان[١].

ورد ذلك ابن عرفة، بأن المعلوم ضرورة وجوده عند وقوعه، لكثرة تكراره، ولا يلزم منه علم حقيقته[٢].

❑ تعريف الحنفية للبيع:

عرفه ابن نجيم بأنه: مبادلة المال بالمال بالتراضي... زاد بعضهم على جهة التمليك، وقيل: لا حاجة إلى الزيادة؛ لأن المبادلة تدل عليه[٣].

وفي درر الحكام شرح غرر الأحكام: «مبادلة مال بطريق الاكتساب، أي التجارة، خرج به مبادلة رجلين بمالهما بطريق التبرع، أو الهبة بشرط العوض، فإنه ليس ببيع ابتداء، وإن كان في حكمه بقاء، ولم يقل: على سبيل التراضي ليتناول بيع المكره، فإنه بيع منعقد، وإن لم يلزم»[٤].

❑ تعريف المالكية:

عرفه بعضهم: بأنه نقل الملك بعوض[٥].

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٢٢٢).

(٢) المرجع السابق.

(٣) البحر الرائق (٥/ ٢٧٧).

(٤) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ١٤٢)، بيع المكره يعتبر عند الحنفية بيع فاسد، وليس بيعًا باطلًا على تفريقهم بين العقد الباطل، والفاسد، وتقدم الكلام على هذا عند الكلام على أقسام العقود.

(٥) مواهب الجليل (٤/ ٢٢٢).

فقوله: نقل الملك خرج بذلك العقد الباطل، فإنه لا ينقل الملك.

وقوله: بعوض، خرج به الهبة، والصدقة، فإن فيها تنقل الملكية ولكن بدون عوض.

وفي الشرح الصغير: عقد معاوضة على غير منافع.

خرج بقيد المعاوضة: الهبة والوصية.

وقوله: معاوضة: مفاعلة؛ إذ كل من البائع، والمشتري عوَّض صاحبه شيئًا بدل ما أخذه منه.

وقوله: «على غير منافع» خرج النكاح، والإجارة، قال: وهذا تعريف للبيع بالمعنى الأعم: أي الشامل للسلم، والصرف، والمراطلة (بيع ذهب بذهب بالميزان) وهبة الثواب[(١)].

❏ **تعريف الشافعية:**

جاء في المجموع: «مقابلة المال بمال، أو نحوه تمليكًا»[(٢)].

وفي مغني المحتاج: «عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين، أو منفعة على التأبيد... فدخل بيع حق الممر ونحوه، وخرجت الإجارة بقيد التأقيت؛ فإنها ليست بيعًا»[(٣)].

فقوله (عقد معاوضة) أخرج العقود الأخرى التي لم تعقد للمعاوضة، كعقود التبرع مثلًا.

---

(١) الشرح الصغير (٣/ ١٢).
(٢) المجموع (٩/ ١٧٤).
(٣) مغني المحتاج (٢/ ٢، ٣).

وقوله: (مالية) أخرج النكاح؛ فإنه وإن كان فيه عقد معاوضة، ولكنه ليس عقدًا ماليًا من الطرفين.

وقوله (يفيد ملك عين) أخرج العقود التي لا تفيد الملك، كالعارية، والرهن.

وقوله: (أو منفعة على التأبيد) أخرج الإجارة؛ فإنها عقد يقصد بها ملك المنفعة لمدة معينة.

ويدخل في هذا الحد الربا، فإنه معاوضة مالية تفيد ملك العين على التأبيد، وهو ليس بيعًا كما قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

ويدخل في الحد القرض، فإنه عقد معاوضة مالية على وجه التأبيد، وليس هو مع ذلك بيعًا.

❑ تعريف الحنابلة:

عرفه بعضهم بأنه: مبادلة مال، ولو في الذمة، أو منفعة مباحة كممر في دار بمثل أحدهما على التأبيد، غير ربا وقرض[١].

وارتضى هذا التعريف المرداوي في كتاب الإنصاف[٢].

فقوله: (مبادلة مال... أو منفعة).. كأنه أخرج المنفعة من المالية، وبعض الحنابلة يذهب إلى هذا، ولذلك يعرفون المال: بأنه عين مباحة النفع بلا حاجة، فقوله: (عين) أخرج المنفعة، وهذا خلاف المذهب، أعني عدم اعتبار المنفعة مالًا، وهي مسألة خلافيه، وسيأتي إن شاء الله تحريرها عند الكلام على تعريف المال لدى الفقهاء.

(١) انظر الإنصاف (٤/ ٢٦٠)، كشاف القناع (٣/ ١٤٦).

(٢) الإنصاف (٤/ ٢٦٠).

وقوله (ولو في الذمة) أدخل بيع الموصوف، كبيع ثوب صفته كذا وكذا، فإن البيع لا يتعلق بثوب بعينه، وإنما الواجب تعلق بذمته، فتكون مشغولة بأداء الموصوف، وذلك كبيع السلم مثلًا، وهذا لا بد أن يكون مما ينضبط بالصفة، وسيأتي إن شاء الله تحرير ما يجوز بيعه بالوصف.

(بمثل أحدهما) شمل هذا الكلام صورًا من البيع:

الصورة الأولى: أن يبيعه عينًا بثمن، وهو البيع المشهور، وهو أن يكون المبيع من العروض، والعوض من الأثمان، كبيع السيارة بدارهم.

الصورة الثانية: بيع المقايضة. وله ثلاثة أنواع:

الأول: مقايضة عين بعين، كأن يبيع سيارته مثلًا ببيته.

الثاني: مقايضة منفعة بمنفعة، كأن يبيع عليه حق الانتفاع بممر في أرضه بمثله من الجهة الأخرى.

الثالث: مقايضة عين بمنفعة، وذلك أن يعطيه عروضًا مقابل الانتفاع بممر في أرضه.

الصورة الثالثة: بيع الصرف.

وهو بيع ثمن بثمن، وذلك كبيع الدولار بالريال، أو بالدينار.

الصورة الرابعة: بيع السلم.

أن يبيعه دينًا، والعوض مقدم في مجلس العقد، وهو نوعان:

النوع الأول: دين بعين. النوع الثاني: دين بثمن.

الصورة الخامسة: بيع المرابحة.

عكس السلم، وهو أن يبيعه عينًا حالة بدين.

الصورة السادسة: الإجارة.

أن يبيعه منفعة مؤقتة بعين، أو ثمن.

فهذه تسع صور أو أكثر لأنواع من البيوع، وكلها داخلة في مسمى البيع في معناه الأعم، وإن كان بعض المذاهب لا يرى الإجارة بيعًا، وسيأتينا إن شاء الله تعالى في كتاب الإجارة بيان هذا الخلاف، وهل هو خلاف اصطلاحي باعتبار أن البيع على التأبيد، والإجارة ليس فيها تأبيد، وإنما هي مؤقتة؟ وهذا في الحقيقة لا يخرجها عن مسمى البيع، فهي من باب بيع المنفعة بيعًا مؤقتًا، نعم اختلاف الاسم يعني اختلاف بعض الأحكام عن البيع المطلق، ولذلك فالصرف وإن كان بيعًا، إلا أن له أحكامًا خاصة من وجوب القبض في مجلس العقد، ومن وجوب التماثل مع اتحاد الجنس، وهذا لا يجب في غير مبادلة الربوي بالربوي، وكذلك الإجارة فإنها تختص ببعض الأحكام التي تخالف فيها البيع المطلق، وليس هذا مكان التعرض لها.

هذه صور البيع، وكل هذه الصور سوف تأخذ نصيبها إن شاء الله تعالى من البحث، والدراسة، أعاننا الله على ذلك بمنه وكرمه، ولا حول ولا قوة إلا بالله تعالى.

وقوله (على التأبيد) أخرج الإجارة، فإن الإجارة لا تسمى في مذهب الحنابلة بيعًا، وقد أشرنا إلى الخلاف فيها.

(غير ربا، وقرض) الربا مبادلة مال بمال، ومع ذلك لا يسمى بيعًا، لقوله تعالى ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰاْۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

فأحل الله البيع، وحرم الربا، فلم يدخل في مسمى البيع، وإلا لكان حلالًا.

وكذلك القرض، وإن كان في صورته مبادلة مال بمثله على سبيل التملك، إلا أنه ليس بيعًا؛ لأنه لم يقصد به المعاوضة، وإنما قصد به الإرفاق، ولو كان

القصد منه المعاوضة لحرم ذلك؛ لأنه مبادلة درهم بدرهم يشترط فيه التقابض، فلما جاز التفرق مع عدم القبض خرج ذلك عن صورة البيع.

وهذا التعريف ربما كان من أشمل التعريفات السابقة، والله أعلم.

وكل هذه التعريفات تدور على حقيقة واحدة: وهي أن البيع مبادلة مال بمال، أما كون المال أعيانًا، أو منافع، وهذه الأشياء قد تتعلق بالذمة وقد تتعلق بذات معينة، فكلها أقسام للمال لا حاجة إلى ذكرها في التعريف، لأن التعريف يقتصر فيه على الماهية.

وهنا أمر يحسن التنبيه إليه، فهناك من يقسم المال إلى ثلاثة أقسام: أعيان، ومنافع، وديون.

والحق أن الدين وصف للمال، وليس هو المال، فالمال إما ذات أو عرض (منفعة)، وكلاهما قد يكون دينًا وقد يكون معينًا.

فالمال يكون ذاتًا كالبر مثلًا إن كان قائمًا فهو معين، وإن كان موصوفًا من غير تعيين، متعلق بالذمة، فهو دين، وكلاهما يؤول إلى ذات وليس إلى عرض (منفعة).

والعرض (المنفعة) تكون دينًا ومعينة كالركوب، فإن كان من دابة معينة، فهي منفعة معينة، وإن كان من دابة موصوفة في الذمة فالمنفعة دين في الذمة، فتقسيم المال إلى ثلاثة أقسام عين ودين ومنفعة تقسيم غير دقيق، فالدين وصف للمال عينًا كان أو عرضًا، وكما تكون المنفعة عينًا ودينًا، يكون المال عينًا ودينًا، فالدين وصف يلحق الذوات كما يلحق المنافع.

ويمكن أن نخرج من هذه التعاريف بضابط أو قاعدة:

إذا كان البيع مبادلة مال بمال، فإنه لا يصح بيع ما لا يعد مالًا بين الناس، ولا يصح الشراء به.

الباب الأول
في دراسة المال وبيان أنواعه

تبين لنا في الفصل السابق أن البيع مبادلة مال بمال، وإذا كان ذلك كذلك فلا بد من معرفة الحقيقة الاصطلاحية للمال، وما هي الأشياء التي تدخل في مسمى المال، وبالتالي يمكن أن يقع التبادل بينها على سبيل البيع، والأشياء التي لا تعتبر مالًا، بحيث لا يمكن تبادلها على سبيل المعاوضة، فإذا عرفنا حقيقة المال تصورنا وقوع المبادلة بين هذه الأموال المختلفة ليتحقق البيع الشرعي، وهذا ما دعاني إلى إفراد باب خاص للكلام على المال وأقسامه، أعاننا الله على جمعه، ووفقنا الله ﷻ إلى حسن فهمه. وسوف نتناول إن شاء الله في هذا الباب المباحث التالية:

- **تعريف المال.**
- **الخلاف في مالية المنافع.**
- **الخلاف في مالية الديون.**
- **الخلاف في مالية الحقوق.**
- **أقسام المال، وأثره الفقهي.**

الفصل الأول
في حقيقة المال

المبحث الأول: في تعريف المال

قال ابن عبد البر: كل ما تملك وتمول فهو مال[١].

إطلاق المال في السنة الشريفة، وأقوال الصحابة[٢]: جاء إطلاق المال في السنة وأقوال الصحابة على أنواع مختلفة لعلي أشير إلى بعضها:

---

(١) التمهيد (٢/ ٥، ٦).

(٢) المال: مفرد، وجمعه أموال، والأصل: مول بالواو، ثم انقلبت الواو ألفًا لتحركها، وانفتاح ما قبلها، فصارت مالًا.
ورجل مالٌّ: ذو مال، والفعل تمول. . . . ويقال: تمول فلان مالًا: إذا اتخذ قنية من المال.
ومنه قول النبي ﷺ: «**غير متمول مالًا، وغير متأثل مالًا**». البخاري (٢٧٣٧)، ومسلم (١٦٣٢).
ويقال: مال الرجل يمال: كثر ماله، وما أَمْوَلَه: أي ما أكثر ماله.
ومُلْتَ بالضم تمول وتمال. ومِلت بالكسر تمال مولًا ومؤولًا: صرت ذا مال.
ويصغر المال على مويل.
قال الليث: المال معروف، وجمعه أموال، ومال أهل البادية النعم.
وقال ابن الأثير كما في النهاية (ص٨٨٨): «المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل؛ لأنها كانت أكثر أموالهم، ومال الرجل وتمول إذا صار ذا مال، وقد موله غيره ويقال: رجلٌ مالٌ: أي كثير المال، كأنه قد جعل نفسه مالًا، وحقيقته ذو مال.
ومنه الحديث: (ما جاءك منه وأنت غير مشرف عليه فخذه وتموله) البخاري (٧١٦٤)، ومسلم (١٠٤٥). أي: اجعله لك مالًا».
وقول ابن الأثير: ثم أطلق المال على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان، هل أراد ابن الأثير إخراج المنافع من المال؛ لأنه قصره على الأعيان فقط، فيه تأمل. =

فقد جاء إطلاق المال على البستان[١]، وعلى الأرض[٢]، وعلى الثياب والمتاع[٣]، وعلى ما يؤكل ويلبس[٤].

❑ تعريف المال في اصطلاح الفقهاء:

لم يضع الشرع للمال حقيقة شرعية تحدد معناه تحديدًا دقيقًا، كما هو الحال

= قال الجوهري: ذكر بعضهم أن المال يؤنث، وأنشد لحسان:

المال تزري بأقوام ذوي حسب وقد تسود غير السيد المال

انظر معجم تهذيب اللغة (٤/ ٣٣٢٩)، تاج العروس (١٥/ ٧٠٣)، النهاية لابن الأثير (ص٨٨٨).

(١) روى البخاري (٢١٠٠) من حديث أبي قتادة ﷺ قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ عام حنين، فأعطاه يعني درعًا، فبعت الدرع، فابتعت به مخرفًا في بني سلمة، فإنه لأول مال تأثلته في الإسلام. وهو في مسلم أيضًا (١٧٥١).

وروى البخاري (١٤٦١) ومسلم (٩٩٨) من حديث أنس بن مالك ﷺ قال: كان أبو طلحة أكثر الأنصار بالمدينة مالًا من نخل، وكان أحب أمواله إليه بيرحاء... الحديث.

(٢) روى البخاري (٢٧٣٧)، ومسلم (١٦٣٣) من حديث ابن عمر ﷺ، أن عمر بن الخطاب أصاب أرضًا بخيبر، فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله إني أصبت أرضًا بخيبر لم أصب مالًا قط أنفس عندي منه، فما تأمر به قال: **إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها**، قال فتصدق بها عمر... الحديث

(٣) روى البخاري (٦٧٠٧) من حديث أبي هريرة قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ يوم خيبر، فلم نغنم ذهبا ولا فضة، إلا الأموال: الثياب والمتاع... الحديث.

ورواه مسلم بلفظ: «فلم نغنم ذهبًا ولا ورقًا، غنمنا المتاع والطعام والثياب...».

(٤) روى مسلم في صحيحه (٢٩٥٩) من حديث أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: يقول العبد مالي مالي، إنما له من ماله ثلاث: ما أكل فأفنى، أو لبس فأبلى، أو أعطى فاقتنى، وما سوى ذلك فهو ذاهب، وتاركه للناس.

وروى مسلم (٢٩٥٨) أيضًا بنحوه من مسند عبد الله بن الشخير، ﷺ، بلفظ: «يقول ابن آدم: مالي مالي، قال: وهل لك يا ابن آدم من مالك إلا ما أكلت فأفنيت، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأمضيت».

في الإيمان والصلاة والزكاة حيث جعل الشارع لها حقيقة شرعية، بل ترك هذا لما يتعارف الناس على أنه مال، فالعربي الذي نزل القرآن بلغته حينما يسمع لفظة (المال) يفهم المراد منها، كما يفهم ما يراد بلفظ السماء والأرض، ولذلك نجد بعض أصحاب المعاجم اللغوية يقولون: «المال معروف».

فإذا سمع العربي حديث رسول الله ﷺ «**كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه**»(١) فهم المراد من المال بالطريقة التي يفهم بها كلمة العرض، وكلمة النفس من غير رجوع إلى اصطلاح خاص.

وعندما قامت المذاهب الفقهية واستعمل لفظ المال مرادًا به معان اصطلاحية انشغل الفقهاء بوضع تعاريف له، وقد قام بهذا الصدد اصطلاحان رئيسيان: اصطلاح الحنفية، واصطلاح الجمهور(٢).

❑ المال في اصطلاح الحنفية:

عرف الحنفية المال بعدة تعريفات، فعرفه بعضهم بقوله: «المال ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة»(٣).

زاد صاحب مجلة الأحكام العدلية: «منقولًا كان أو غير منقول»(٤).

❑ شرح التعريف:

قوله: «**ما يميل إليه الطبع**» خرج بذلك لحم الميتة.

---

(١) صحيح مسلم (٢٥٦٣).

(٢) مجلة المجمع الفقهي (٥/ ٢٤٧٥).

(٣) كشف الأسرار (١/ ٢٦٨)، البحر الرائق (٥/ ٢٧٧)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر (٤/ ٥)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠١).

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ١١٥، ١١٦) المادة ١٢٦ .

وقوله: «يمكن ادخاره لوقت الحاجة» خرج بذلك شيئان:

أحدهما: ما لا يمكن ادخاره لحقارته كحبة حنطة مثلًا، فلا تعتبر مالًا.

وثانيهما: خرج بقوله ما يمكن ادخاره المنافع والديون، فإنهما لا يمكن ادخارهما، وبالتالي لا تعتبر مالًا عند الحنفية(١).

وقد يؤخذ من قوله (ما يمكن حيازته وادخاره) إطلاق المال على الشيء الذي يقبل الحيازة والادخار، ولو كان ذلك قبل حيازته كالسمك في الماء، والطير في الهواء؛ لأنه قال: مما يمكن حيازته، ولم يشترط الحيازة الفعلية.

وكنت أظن أن الحنفية يقصدون بالادخار الإحراز، وليس الادخار المعروف في باب الزكاة، وذلك لأن هناك من الأعيان ما هو مال، ولا يمكن ادخاره كبعض أنواع البقول والخضر والفواكه، ولكن هذا التفسير يعكر عليه قولهم في تبيين الحقائق: «المال عبارة عن إحراز الشيء، وادخاره لوقت الحاجة في نوائب الدهر»(٢).

---

(١) انظر المرجع السابق.

(٢) تبيين الحقائق (٥/ ٢٣٤)، وعرفه بعض الحنفية بقوله:
المال: هو الشيء الذي خلق لمصالح الآدمي، ويجري فيه الشح والضنة. انظر كشف الأسرار (١/ ٢٦٨).
وعرفه محمد بن الحسن بأن «المال كل ما يمتلكه الإنسان من نقد وعروض وحيوان» انظر البحر الرائق (٢/ ٢٤٢)، وذكر صاحب كتاب العناية شرح الهداية تعريف محمد هذا بشيء من التفصيل، فقال: «المال كل ما يتملكه الناس من دراهم أو دنانير، أو حنطة أو شعير، أو حيوان أو ثياب، أو غير ذلك».
وهذا التعريف قريب من التعريف اللغوي بإطلاق المال على العروض باختلاف أنواعها، وعلى الحيوان، فإن كان ذكر النقد والعروض والحيوان على سبيل الحصر، فهو تعريف يتمشي مع جمهور الحنفية الذين يرون المنافع ليست داخلة في مسمى المال، وإن كان =

فجعل الإحراز غير الادخار.

فتبين من هذا أن الحنفية يشترطون لتحقيق المالية في الشيء أمرين:

الأول: أن يكون الشيء مما يمكن حيازته وادخاره، فالمنافع كسكنى الدار، وركوب الدابة لا تعتبر مالًا؛ لأن المنافع لا يمكن حيازتها وادخارها.

وكذلك الديون لا تعتبر مالًا وهي في الذمة حتى تقبض، فإذا قبضت أمكن حيازتها. وسيأتي مزيد بحث لمالية المنافع والديون إن شاء الله تعالى.

الثاني: أن يكون الشيء مما له قيمة مادية بين الناس، فيخرج بذلك حبة القمح والأرز، فإنه لا ينتفع بها وحدها عادة.

❑ تعريف المال في اصطلاح الجمهور:

❑ المال في اصطلاح المالكية:

عرف المالكية المال بعدة تعريفات:

فقد عرفه الشاطبي بقوله: «ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا

= ذكرها على سبيل المثال فهو لا يمنع من دخول المنافع؛ لأنها من جملة ما يملكه الإنسان، لكن يبقى مخالفًا لتعريف جمهور الحنفية، وحمل التعريف على ما يتمشى مع تعريف المذهب أولى، والله أعلم.

ويمكن أن يقال: إن في التعريف زيادة على تعريفات الحنفية، فقوله: «المال كل ما يمتلكه الإنسان» هل أراد أن الشيء لا يكون مالًا حتى يكون مملوكًا كما هو مقرر في اللغة، فالطير في الهواء والسمك في البحر لا يعتبر مالًا قبل تملكه، فالمعروف من تعريفات الحنفية أنهم لا يشترطون تملك العين، بل يكفي إمكانية إحرازه وتملكه، وكما قلنا سابقًا كل ما أمكن حمل التعريف ليوافق بقية التعريفات في المذهب أولى من حملها على الاختلاف، فنقول: إن هذه التعريفات متقاربة، وهي لا تعبر عن اختلاف بين أراء قائليها، وإنما هو اختلاف في العبارة فحسب، والمراد عندهم واحد.

أخذه من وجهه»[١].

فقوله في حده (ما يقع عليه الملك) يشمل الأعيان كما يشمل المنافع؛ لأنه يقع عليهما الملك.

وقوله: (ويستبد به المالك عن غيره) إشارة إلى أن المقصود مما يقع عليه الملك مما له قيمة بين الناس، وليس المقصود ما يقع عليه الملك مما لا قيمة له فإنه لا يعتبر والحالة هذه مالًا، بل صرح بعضهم بأن ما لا قيمة له (أي منفعة) لا يقع عليه الملك[٢].

وينتقد التعريف بأنه لم يصرح بأن تكون العين أو المنفعة مأذونًا له شرعًا بالانتفاع بها، فإن هناك أشياء قد يستبد بها المالك عن غيره، ويجوز له الانتفاع بها، ولا تعتبر مالًا كشحوم الميتة وجلودها على المشهور من مذهب المالكية فإنهم يبيحون الانتفاع بها، ولا يجيزون بيعها[٣].

وعرفه النفرواي بقوله: «حقيقة المال: كل ما ملك شرعًا، ولو قلَّ»[٤].

فيفهم من هذا التعريف أن الأعيان قبل تملكها لا يطلق عليها مال، مثل السمك في البحر، والطير في الهواء، ولو قال: كل ما يمكن تملكه شرعًا لشمل الأعيان قبل وبعد تملكها.

---

(١) الموافقات (٢/ ٣٢) تحقيق الشيخ مشهور بن حسن آل سلمان.

(٢) قال في مواهب الجليل (٤/ ٢٦٣): «واعلم أن الأعيان على قسمين، الأول: ما لا منفعة فيه أصلًا، فلا يصح العقد به، ولا عليه، لما تقدم، بل لا يصح ملكه، كما صرح به المازري، وابن شاس والقرافي...».

(٣) مواهب الجليل (٤/ ٢٦١).

(٤) الفواكه الدواني (٢/ ٢٨١)، وانظر حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (٢/ ٤١٥).

وقال ابن العربي: «وتحقيق المال: ما تتعلق به الأطماع، ويعد للانتفاع، هذا رسمه في الجملة... يترتب عليه أن منفعة الرقبة في الإجارة مال، وأن منفعة التعليم للعلم كله مال... وأما عتق الأمة فليس بمال، وقال أحمد بن حنبل: هو مال يجوز النكاح بمثله؛ لأن النبي ﷺ جعله صداقًا في نكاحه لصفية بنت حيي[١]... وقال علماؤنا: كان النبي ﷺ مخصوصًا في النكاح وغيره بخصائص، ومن جملتها أنه كان ينكح بغير ولي ولا صداق»[٢].

والحق أن العتق مال، لأن العبد في نفسه مال من الأموال، فعتقه إخراج لهذا المال من ملكه.

وقال القرافي في الذخيرة: «والأعيان على ثلاثة أقسام: ما اتفق على جواز بيعه وقبوله للملك والمالية كالدار والعبد.

وما اتفق على منع بيعه وقبوله للمالية، إما لعدم اعتباره شرعًا كالمحرمات من الميتة وغيرها، أو لعدم القيمة فيه عرفًا كالنظر إلى السماء، والتوجه تلقاء الهواء... وغير ذلك.

وما اختلف فيه هل هو من القسم الأول أو الثاني» ثم ذكر من أمثلته بيع المصحف وإجارته وتعليم القرآن والفقه ونحوهما[٣].

❑ المال في اصطلاح الشافعية:

قال الشافعي: «ولا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة يباع بها، وتكون إذا

---

(١) رواه البخاري (٩٤٧) ومسلم (١٣٦٥) من طريق شعيب، عن أنس أن رسول الله ﷺ أعتق صفية، وتزوجها، وجعل عتقها صداقها.
(٢) أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٤٩٨).
(٣) الذخيرة (٥/ ٤٠٢).

استهلكها مستهلك أدى قيمتها وإن قلت»(١).

وقال السيوطي: «قال الشافعي: لا يقع اسم مال إلا على ماله قيمة يباع بها، وتلزم متلفه، وإن قلت، وما لا يطرحه الناس، مثل الفلس وما أشبه ذلك»(٢).

فقوله: (ما له قيمة بين الناس): أخرج ما ليس له قيمة فلا يعد مالًا.

قال في الإقناع: «ولا يصح بيع ما لا منفعة فيه؛ لأنه لا يعد مالًا، فأخذ المال في مقابلته ممتنع، للنهي عن إضاعة المال...»(٣).

قال الغزالي: «وما لا منفعة له ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تسقط المنفعة للقلة، كالحبة من الحنطة... فمن أتلفه فلا شيء عليه إذ لا قيمة له، وقال القفال: عليه مثله إن كان من ذوات الأمثال...

الثاني: أن تسقط منفعته لخسته، كحشرات الأرض من الخنافس والعقارب...

الثالث: ما سقطت منفعته شرعًا كالمعازف...»(٤).

---

(١) الأم (٥/ ١٧١).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٢٧).

(٣) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/ ٢٧٥).

(٤) الوسيط (٣/ ٢٠)، وفي تعريف آخر للشافعية: وقال الزركشي كما في المنثور في القواعد (٣/ ٢٢٢): «المال ما كان منتفعا به أي مستعدًا لأن ينتفع به وهو إما أعيان أو منافع والأعيان قسمان: جماد وحيوان....».

وقال نحوه السبكي كما نقله عنه السيوطي في الأشباه والنظائر وهو يتناول القول في الملكية، فقال: «هو حكم شرعي يقدر في عين أو منفعة يقتضي تمكن من ينسب إليه من انتفاعه والعوض عنه من حيث هو كذلك....».

تعريف آخر للشافعية:

قال السمعاني في قواطع الأدلة (٥/ ٢٧٢): «وأما المالية فهي... عبارة عن منافع ذات =

وقول السيوطي: «وتلزم متلفه» أخرج الكلب ونحوه مما له منفعة مباحة مقيدة بالحاجة أو الضرورة، فإذا أتلفه أحد لم تلزمه قيمته، وسوف يأتي إن شاء الله تعالى ذكر خلاف العلماء في بيع الكلب[١].

❑ المال في اصطلاح الحنابلة:

عرفه البهوتي بقوله: «والمال عين مباحة النفع بلا حاجة»[٢].

وينتقد هذا التعريف بإخراجه المنافع والديون من المالية؛ لأن المنفعة والدين ليست عينًا، والمذهب الحنبلي يعتبر المنفعة والدين مالًا كما سيأتي تحريره في فصل مستقل إن شاء الله تعالى.

وعرفه بعضهم: «المال شرعًا: ما يباح نفعه مطلقًا في كل الأحوال...

= العين وكل عين ينتفع بها غير الآدمي الحر فهي مال؛ لأن الله تعالى جعل الآدمي مالك الأموال، فيستحيل أن يكون مالًا.

وكذا الأشياء التي لا يمكن الانتفاع بها بنفسها، وهو مما لا يضمن بها كحبة حنطة وشعيرة، وكسرة خبز وقطرة ماء.

قال: وأما الأشياء التي حرمها الشارع، ومنع الناس من الانتفاع بها إن كان شيئًا يرغب الناس في إمساكه للانتفاع به في حالة يباح الانتفاع يكون مالًا، كالخمور وجلود الميتات، فإن الناس يضنون بها لينتفعوا بها في ثاني الحال، فتكون مالًا؛ لأن المال: ما تميل طباع الناس إليه، ولهذا سمي مالًا، وطباع الناس تميل إلى هذه الأشياء لمنافع تظهر لها في ثاني الحال، فتكون مالًا، مثل الأطفال، والجحوش للحمر، والمهر للأفراس.

وأما الميتات والعذارت، وما لا يقصد الناس إلى إمساكه، فليس بمال.

وأما الخنزير فهو مال في حق الكفار، وأما في حق المسلمين فليس بمال.

وأما الصيود في البراري فهي مال».

(١) روضة الطالبين (٨/ ٢٢٧)، حاشية البجيرمي (٢/ ٤٠٧)، إعانة الطالبين (٣/ ٣٣)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/ ٦٣٦)، كفاية الأخيار (١/ ٢٥٨).

(٢) الروض المربع (٤/ ٣٢٦).

ويباح اقتناؤه بلا حاجة»[١].

فخرج بقوله: (ما يباح نفعه) ما لا نفع فيه كالحشرات.

وما فيه نفع محرم كالخمر.

وما لا يباح نفعه لنجاسته كالميتة.

وخرج بقوله: (يباح نفعه في كل الأحوال) جلد ميتة دبغ فإن الحنابلة لا يجيزون الانتفاع به إلا في اليابسات فقط، وقد فصلت مذهبهم في كتاب أحكام الطهارة، وبينت الراجح.

وخرج بقوله: (يباح اقتناؤه بلا حاجة) ما أبيح بقيد الحاجة فلا يعتبر مالًا كالكلب، وكذلك ما أبيح الانتفاع به بقيد الضرورة كأكل الميتة من باب أولى.



(١) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٧).

المبحث الثاني
في اشتراط إباحة الانتفاع

كل ما لا ينتفع به فليس بمال، سواء كان ذلك لتحريمه كالخمر، أو لقلته كحبة الأرز، أو لخسته كبعض الحشرات[١].

وقال ابن عبد البر: كل ما تملك وتمول فهو مال[٢].

[م - ٩] يشترط الجمهور في المال أن يكون الانتفاع به مباحًا، فالشيء إذا لم يكن مما يباح الانتفاع به شرعًا فليس بمال أصلًا.

وأما الحنفية فلا يشترطون في المالية إباحة الانتفاع، وهذا الذي دفعهم إلى تقسيم المال إلى متقوم وغير متقوم، ليخرجوا ما لا يحل الانتفاع به من الأموال عن أن يكون محلًا للعقد، نظرًا لعدم تقومه.

يقول ابن عابدين في حاشيته: «المال أعم من المتقوم[٣] لأن المال ما يمكن ادخاره، ولو غير مباح كالخمر، والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الإباحة، فالخمر مال لا متقوم...»[٤].

وقال أيضًا: «فما يباح بلا تمول لا يكون مالًا كحبة حنطة، وما يتمول بلا إباحة انتفاع لا يكون متقومًا كالخمر، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم..»[٥]. وقول الجمهور هو الصواب.

---

(١) انظر الوسيط (٣/ ٢٠)

(٢) التمهيد (٢/ ٥، ٦).

(٣) في المطبوع (المتمول) وهو خطأ.

(٤) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠١).

(٥) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

المبحث الثالث
في اشتراط الادخار في المال

[م -١٠] هذا هو الخلاف الثاني بين الحنفية والجمهور:

فالحنفية يشترطون الادخار في المال، فالذي لا يمكن ادخاره لا يصلح أن يكون مالًا، وقد سبق نقل كلامهم عند تعريف المال.

وهذا الشرط أخرج منافع الأعيان فلا تعتبر مالًا عندهم، كما أخرج الديون المتعلقة بالذمة حال تعلقها، لأنها أوصاف، وليست أعيانًا، فإذا قبضها صارت مالًا لتحولها من وصف إلى عين، ولإمكان ادخارها حينئذٍ.

بل ذهب الحنفية إلى عدم القطع في السرقة إلا في مال يمكن ادخاره.

يقول السرخسي: «ولا قطع على سارق الخبز واللحم والفاكهة والرمان والعنب والبقول والرياحين والحناء والوسمة سواء سرق من شجره أو من غير شجره عندنا. . . .»[(١)].

وعلل ذلك بقوله: «لأن في مالية هذه الأشياء نقصانًا؛ لأن المالية بالتمول، وذلك بالصيانة والادخار لوقت الحاجة، ولا يتأتى ذلك فيما يتسارع إليه الفساد فيتمكن النقصان في ماليتها، وفي النقصان شبهة العدم. . .»[(٢)].

بينما الجمهور لا يشترطون الادخار في المال، بل يرون مالية المنافع والديون والحقوق كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

---

(١) المبسوط (٩/ ١٥٣).

(٢) المبسوط (٩/ ١٥٣).

المبحث الرابع
في اشتراط الطهارة في المال

[م-١١] وهذا هو الخلاف الثالث بين الحنفية والجمهور في حقيقة المال، وذلك اختلافهم في اشتراط الطهارة في المال، أو بعبارة أخرى هل يعتبر النجس مالًا؟

فالحنفية علقوا جواز بيع النجس على جريان الانتفاع، فما جرى الانتفاع به بين المسلمين، واعتادوا تموله من غير نكير جاز بيعه وإن كان نجسًا، وما لم تجر العادة بتموله لم يجز بيعه، وفي الجملة هم يقسمون النجس إلى ثلاثة أقسام:

الأول: نجس العين الذي لم يجر العمل على الانتفاع به، فهذا لا يجوز بيعه، وإذا قال الحنفية عن شيء: إنه نجس العين فمعنى ذلك أن نجاسته نجاسة مغلظة غالبًا.

قال القدوري: «وإنما معنى قولنا: نجس العين: ما تغلظت نجاسته»(١)، وهذا يعني أنهم لا يطلقون كلمة نجس العين على كل نجس في الغالب.

قال في الهداية: «ولا يجوز بيع شعر الخنزير؛ لأنه نجس العين...»(٢).

---

(١) التجريد (٥/ ٢٦١١)، مسألة: ٦٤٧ .

(٢) الهداية (٣/ ٤٥)، وقال نحوه في تبيين الحقائق (٤/ ٥٠)، وقال في بدائع الصنائع (٥/ ١٤٣): «ونجس العين لا يباح الانتفاع به شرعًا إلا في حال الضرورة..».
وقال في بدائع الصنائع (٥/ ١٤٢): «وأما عظم الخنزير وعصبه فلا يجوز بيعه؛ لأنه نجس العين..». وانظر كتاب الأصل (٥/ ٨٤، ٨٥).
وفي المبسوط (١١/ ٢٣٥) لما دلل على جواز بيع الكلب المعلم والكلب القابل =

فهذا الكلام في نجس العين الذي لم يجر العمل على الانتفاع به، وكانت نجاسته مغلظة.

الثاني: ما كانت نجاسته غير مغلظة، وجرى الانتفاع به من غير نكير فيجوز بيعه، وإن كان نجسًا. وهذا مثل السرجين النجس.

وجاء في تبيين الحقائق: «كره بيع العذرة لا السرقين، وقال الشافعي ﵀: لا يجوز بيع السرقين أيضًا ؛ لأنه نجس العين...

ولنا: أن المسلمين تمولوا السرقين، وانتفعوا به في سائر البلدان والأعصار من غير نكير، فإنهم يلقونه في الأراضي لاستكثار الريع بخلاف العذرة؛ لأن العادة لم تجر بالانتفاع بها...»[1].

= للتعليم، قال: «وبهذا يتبين أنه ليس بنجس العين، فإن الانتفاع بما هو نجس العين لا يحل في حال الاختيار كالخمر، ولا يجوز تمليكه قصدًا بالهبة والوصية....».

(١) تبيين الحقائق (٦/ ٢٦). وجاء في حاشية الشلبي على تبيين الحقائق وهو يعلق على بيع جلد الميتة فلا يجوز قبل الدبغ، ويجوز بعده (٤/ ٥١) قال: «بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع، وهي عدم المالية، فإن بيع السرقين جائز، وهو نجس العين للانتفاع به لما ذكرنا، وأما جواز بيعها - يعني جلود الميتة- بعد الدباغة لحل الانتفاع بها شرعًا، والحكم بطهارتها زيادة ثبتت شرعًا...».

وجاء في البحر الرائق (٦/ ٧٧): «وأشار إلى منع ما ليس بمال كبيع العذرة الخالصة، ويجوز بيع السرقين والبعر والانتفاع به والوقود به».

وجاء فيه أيضًا (٨/ ٢٢٦): «كره بيع العذرة إلا السرقين؛ لأن المسلمين يتمولون السرقين وانتفعوا به في سائر البلاد والأمصار من غير نكير، فإنهم يلقونه في الأراضي لاستكثار الريع بخلاف العذرة؛ لأن العادة لم تجر بالانتفاع بها إلا مخلوطة برماد أو تراب غالب عليها، فحينئذ يجوز بيعها...».

وفي الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبير جاء فيه (١/ ٤٨٠): «لا بأس ببيع السرقين، ويكره بيع العذرة..».

فهنا نص على أنهم حكموا عادة الناس بالانتفاع والتمول، ولم ينظروا إلى طهارة العين.

وقال القدوري: «قال أصحابنا: يجوز بيع السرجين.

وقال الشافعي: لا يجوز ذلك.

لنا أن الناس يتبايعونه للزرع، وفي سائر الأزمان من غير نكير. . . لأن الناس استخفوا نجاسته بدلالة أنهم لا يتجنبونه في الطرق كتجنب النجاسات، ويطينون به السطوح، ومتى خفت نجاسته جاز بيعه، كالثوب النجس. . . وإنما معنى قولنا: نجس العين ما تغلظت نجاسته، ولا نسلم أن السرجين مغلظ النجاسة، فالوصف غير مسلم. . . ولهذا قال أصحابنا: لا يجوز استعمال العذرة والدم في الأراضي حتى يغلب التراب عليها، ويجوز استعمال السرجين من غير أن يخالطه شيء»[(١)].

الثالث: ما كانت نجاسته عن مجاورة كالدهن والثوب النجس، فهذا يجوز بيعه.

جاء في المبسوط: «مسألة الدهن إذا اختلط به ودك الميتة، أو شحم الخنزير وهي تنقسم ثلاثة أقسام: فإن كان الغالب ودك الميتة لم يجز الانتفاع بشيء منه، لا بأكل ولا بغيره من وجوه الانتفاع؛ لأن الحكم للغالب، وباعتبار الغالب هذا محرم العين غير منتفع به، فكان الكل ودك الميتة. . .

وكذلك إن كانا متساويين؛ لأن عند المساواة يغلب الحرام، فكان هذا كالأول.

فأما إذا كان الغالب هو الزيت، فليس له أن يتناول شيئًا منه في حال الاختيار؛ لأن ودك الميتة وإن كان مغلوبًا مستهلكًا حكمًا، فهو موجود في هذا

---

(١) التجريد (٥/ ٢٦١٠).

المحل حقيقة، وقد تعذر تمييز الحلال من الحرام، ولا يمكنه أن يتناول جزءًا من الحلال إلا بتناول جزء من الحرام، وهو ممنوع شرعًا من تناول الحرام، ويجوز له أن ينتفع به من حيث الاستصباح، ودبغ الجلود بها؛ فإن الغالب هو الحلال، فالانتفاع إنما يلاقي الحلال مقصودًا... وكذلك يجوز بيعه مع بيان العيب عندنا، ولا يجوز عند الشافعي رحمه الله تعالى؛ لأنه نجس العين كالخمر، ولكنا نقول: النجاسة للجار، لا لعين الزيت، فهو كالثوب النجس يجوز بيعه، وإن كان لا تجوز الصلاة فيه»[(١)].

فهنا الحنفية أجازوا بيع الزيت المتنجس والانتفاع به في غير الأكل بشرط أن يكون الزيت متنجسًا لا نجسًا، وأن يكون الزيت الطاهر هو الغالب، ففرقوا في الحكم بين بيع نجس العين مما لم يجر الانتفاع به كالخنزير فلا يجوز بيعه، ولا الانتفاع به، وبين نجس جرى الانتفاع به من غير نكير، فأجازوا بيعه والانتفاع به في غير الأكل كالسرجين، ومثله الزيت الطاهر تقع فيه النجاسة فتنجسه، ويكون الزيت هو الغالب فيجوز بيعه والانتفاع به.

وأجاز الحنابلة في قول في المذهب بيع النجس إذا كان مشتملًا على نفع[(٢)]،

---

(١) المبسوط (١٠/ ١٩٨).

(٢) في مذهب الحنابلة قول في جواز بيع النجس إذا كان فيه نفع.
جاء في الفروع (١/ ٨): «قال مهنا: سألت أحمد عن السلف في البعر والسرجين، قال: لا بأس، وأطلق ابن رزين في بيع نجاسةٍ قولين». وانظر الإنصاف (١/ ٨٩، ٩٠).
وفي الإنصاف أيضًا (٤/ ٢٨٠): «ولا يجوز بيع السرجين النجس، هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. وخُرِّج قول بصحة بيعه من الدهن النجس.
قال مهنا: سألت أبا عبد الله عن السلم في البعر والسرجين؟ فقال: لا بأس. وأطلق ابن رزين في بيع النجاسة وجهين. وأطلق أبو الخطاب جواز بيع جلد الميتة.
قال في الفروع: فيتوجه منه بيع نجاسة يجوز الانتفاع بها ولا فرق، ولا إجماع». اهـ

وهو اختيار ابن حزم[١]، وابن القاسم من المالكية[٢].

وقيل: نجس العين لا يجوز بيعه، وكذا المتنجس الذي لا يمكن تطهيره، وهو مذهب الجمهور، والمشهور من مذهب الحنابلة[٣].

---

(١) وقال ابن حزم في المحلى في مسألة (١٥٤٦): «وبيع العذرة والزبل للتزبيل وبيع البول للصباغ جائز»..

(٢) التمهيد (٤/ ١٤٤).

(٣) انظر مواهب الجليل (٤/ ٢٥٨).

وجاء في الشرح الكبير (٣/ ١٠): «وشرط لصحة بيع المعقود عليه ثمنًا أو مثمنًا طهارة... أي أصلية باقية أو عرض لها نجاسة يمكن إزالتها كالثوب إذا تنجس... ولا يصح بيع ما نجاسته أصلية، أو لا يمكن طهارته كزبل...».

وجاء في الفواكه الدواني (١/ ٣٨٧): «وكذا لا يباع جلد الميتة؛ لأنه يشترط في صحة البيع عندنا طهارة المعقود عليه ثمنًا أو مثمنًا، وكما لا يجوز بيعه لا تجوز إجارته...».

وقال ابن عبد البر في التمهيد (٤/ ١٤٤): «وجميع العلماء على تحريم بيع الدم والخمر، وفي ذلك أيضًا دليل على تحريم بيع العذرات وسائر النجاسات، وما لا يحل أكله، ولهذا - والله أعلم - كره مالك بيع زبل الدواب.

ورخص فيه ابن القاسم؛ لما فيه من المنفعة، والقياس ما قاله مالك، وهو مذهب الشافعي، وظاهر هذا الحديث - يعني: حديث جابر: إن الله حرم بيع الخمر والميتة... - فلم أر وجهًا لذكر اختلاف الفقهاء في بيع السرجين والزبل ها هنا؛ لأن كل قول تعارضه السنة وتدفعه، ولا دليل عليه من مثلها لا وجه له...».

وفي مذهب الشافعية، قال الشيرازي في المهذب المطبوع مع المجموع (٩/ ٢٦٩): «الأعيان ضربان نجس وطاهر، فأما النجس فعلى ضربين نجس في نفسه ونجس بملاقاة النجاسة، فأما النجس في نفسه فلا يجوز بيعه، وذلك مثل الكلب والخنزير والخمر والسرجين وما أشبه ذلك من النجاسات، والأصل فيه ما روى جابر ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: **إن الله تعالى حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام**».

وروى أبو مسعود البدري وأبو هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب، فنص على الكلب والخنزير والميتة وقسنا عليها سائر الأعيان النجسة.... أما النجس بملاقاة النجاسة فهو الأعيان الطاهرة إذا أصابتها نجاسة، فينظر فيها، فإن كان جامدًا كالثوب =

واستدلوا بما ثبت من الأحاديث الصحيحة في النهي عن بيع الميتة، والخنزير، والخمر، والدم، والكلب، فهذه الأعيان نجسة، وقاسوا عليها سائر الأعيان النجسة.

وسوف يأتي في كتاب موانع البيع حكم بيع هذه الأعيان إن شاء الله، وما ورد فيها من الأحاديث الصحيحة، كما سيأتي في شروط المعقود عليه خلاف أهل العلم في طهارة المعقود عليه، مع ذكر الأدلة ومناقشتها، فانظره هناك، وإنما اقتضى هنا التنبيه في خلاف الحنفية مع الجمهور حول حقيقة المال.

هذه المسائل تقريبًا التي خالف فيها الحنفية جمهور الفقهاء فيما يتعلق بحقيقة المال.

= وغيره جاز بيعه لأن البيع يتناول الثوب وهو طاهر، وإنما جاورته النجاسة، وإن كان مائعًا نظرت فإن كان مما لا يطهر كالخل والدبس - لم يجز بيعه؛ لأنه نجس لا يمكن تطهيره من النجاسة، فلم يجز بيعه كالأعيان النجسة، وإن كان ماء، ففيه وجهان:
(أحدهما) لا يجوز بيعه؛ لأنه نجس لا يطهر بالغسل، فلم يجز بيعه كالخمر.
(والثاني) يجوز بيعه؛ لأنه يطهر بالماء فأشبه الثوب. فإن كان دهنا فهل يطهر بالغسل؟ فيه وجهان:
(أحدهما) لا يطهر؛ لأنه لا يمكن عصره من النجاسة فلم يطهر كالخل.
(الثاني) يطهر؛ لأنه يمكن غسله بالماء فهو كالثوب (فإن قلنا) لا يطهر لم يجز بيعه كالخل (وإن قلنا): يطهر ففي بيعه وجهان كالماء النجس، ويجوز استعماله في السراج والأولى أن لا يفعل لما فيه من مباشرة النجاسة.
وجاء في أسنى المطالب (٢/ ٨): «للمعقود عليه شروط خمسة: الأول: الطهارة له، فلا يصح بيع نجس العين...».
وفي حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ١٩٧): «وللمبيع شروط خمسة:
أحدها: طهارة عينه، فلا يصح بيع الكلب والخمر.... والمتنجس الذي لا يمكن تطهير؛ لأنه في معنى نجس العين».
وفي مذهب الحنابلة علل ابن قدامة المنع من بيع السرجين بأنه مجمع على نجاسته فلم يجز بيعه كالميتة، انظر المغني (٤/ ١٧٤)، وكذلك انظر الفروع (١/ ٨)، والإنصاف (١/ ٨٩، ٩٠)، (٤/ ٢٨٠) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨، ٩)، مطالب أولي النهى (٣/ ١٦).

المبحث الخامس
في عناصر المالية

من خلال التعريفات السابقة في المال، ومن خلال دراسة الفروق بين مذهب الحنفية ومذهب الجمهور نستطيع أن نتبين عناصر المالية على القول الصحيح فيما يلي:

الأول: أن يأذن الشارع بتملكه، فما نهى الشرع عن تملكه، أو كان الشيء بطبيعته لا يقبل الملكية فلا يعتبر مالًا.

قال ابن عبد البر رحمه الله: «المعروف من كلام العرب أن كل ما تملك وتمول فهو مال».

ثم قال أبو عمر: «وهذا أبين من أن يحتاج فيه إلى استشهاد. . . . لأن العلم محيط، واللسان شاهد في أن ما تملك وتمول يسمى مالًا . .»[(١)].

وفي القاموس: «المال ما ملكته من كل شيء»[(٢)].

وفي اللسان: «المال معروف: ما ملكته من جميع الأشياء»[(٣)].

فما لا يقبل الملكية لا يمكن أن يكون مالًا كالصحة والشرف والشجاعة والذكاء والهواء في الجو، والماء في البحر، والشمس والنجوم.

الثاني: أن يكون مشتملًا على منفعة مباحة شرعًا واعتاد الناس تمولها[(٤)].

---

(١) التمهيد (٢/ ٥، ٦).

(٢) القاموس المحيط (ص١٣٦٨).

(٣) لسان العرب (١١/ ٦٣٢).

(٤) وهذا القيد يختلف عن القيد الأول، وهو قولنا: أن يأذن الشرع بتملكه؛ لأن الشرع قد =

فقولنا: (أن يكون مشتملًا على منفعة) لا بد من اشتمال العين على منفعة وإن قَلَّت، والمنفعة قد تقوم في مكان دون آخر، وفي عصر دون عصر، فالماء العذب في وسط البحر نفيس جدًا لقلة المياه العذبة فيه، وإذا استغنى الناس عن شيء، ولم يعد الناس محتاجين إليه فقد ماليته لفقد منفعته، فالمنفعة تحددها حاجة الناس إلى تبادلها وبذل المال في تحصيلها.

واشتراط المنفعة في العين يخرج ما لا نفع فيه، فلا يعتبر مالًا.

وقولنا: (منفعة مباحة) يخرج ما فيه منفعة محرمة، فإنه لا يعتبر مالًا كالخمر والخنزير ونحوهما.

وقولنا: (واعتاد الناس تمولها).

هذا قيد ثالث في المنفعة، فقد تكون العين مشتملة على منفعة، وهذه المنفعة مباحة، ولكن الناس هجروا هذه المنفعة، ولم يعتادوا تمولها، فإنه والحالة هذه تفقد هذه العين ماليتها.

= يأذن بتملك بعض الأعيان، وتكون مشتملة على منفعة، ولكن ليس لها قيمة شرعية كالكلب مثلًا، فقد رخص الشارع بتملكه للحاجة، ونهى عن ثمنه.

ومثل شحوم الميتة فقد جاء في الحديث المتفق عليه بأنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس، ومع ذلك نهى عن بيعها مما يدل على أنها ليس لها قيمة شرعًا.

وباب الانتفاع أوسع من باب البيع، فصحة البيع لعين ما يدل على ماليته، بينما الانتفاع بها لا يدل على المالية، فكل مال ينتفع به، وليس كل ما ينتفع به يعتبر مالًا.

يقول ابن القيم: «وينبغي أن يعلم أن باب الانتفاع أوسع من باب البيع، فليس كل ما حرم بيعه حرم الانتفاع به، بل لا تلازم بينهما، فلا يؤخذ تحريم الانتفاع من تحريم البيع» (١).

فإذا حرم الشارع بيع عين من الأعيان لم تكن لها قيمة شرعًا ما دامت على تلك الحال، وإذا لم تكن لها قيمة لم تعتبر مالًا.

فلو كنا في بلد تعارف أهله على عدم أكل حوايا الذبيحة ورأسها وأطرافها لم تكن هذه الأشياء مالًا عندهم، وإن كانت هذه الأعيان فيها منافع مباحة.

وبناء عليه فإذا ترك الناس تمول بعض الأعيان فقدت ماليتها، فإذا رجع الناس إلى تمولها أصبحت مالًا.

قال ابن عابدين: «والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم»(١).

وقال في المبسوط «وإنما تنبني المالية على التمول»(٢).

وهذا فيه حصر ثبوت المالية على التمول.

وقال أيضًا: «وإنما تعرف مالية الشيء بالتمول»(٣).

وقال أيضًا: «والمقصود بالمال التمول...»(٤).

وعلل الكاساني من الحنفية عدم القطع في سرقة المصحف؛ بأنه يدخر لا للتمول، بل للقراءة، والوقوف على ما يتعلق به مصلحة الدين والدنيا والعمل به(٥).

وقال ابن نجيم: «فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يكون مالًا كحبة حنطة»(٦).

وفي أسنى المطالب «وكل متمول مال...»(٧).

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠١).
(٢) المبسوط (٥/ ٤٠).
(٣) المرجع السابق (١١/ ٧٨).
(٤) المبسوط (٢٧/ ٣١).
(٥) بدائع الصنائع (٧/ ٦٨).
(٦) البحر الرائق (٥/ ٢٧٧).
(٧) أسنى المطالب (٢/ ٣٠١).

وقال المرداوي في الإنصاف: «لا ربا في الماء مطلقًا على الصحيح من المذهب؛ لإباحته أصلًا، وعدم تموله عادة»[١].

وقال في موضع آخر: «إن لم يتمول عادة كماء وكلأ محرز فلا قطع - يعني على سارقه - في إحدى الروايتين»[٢].

وقال في كشاف القناع: «ويلزمه قبول الماء إذا بذل له هبة؛ لسهولة المنة فيه، لعدم تموله عادة»[٣].

وقال ابن قدامة في شروط القطع في السرقة: «أن يكون المسروق مما يتمول عادة؛ لأن القطع شرع لصيانة الأموال، فلا يجب في غيرها...»[٤].

والنصوص في هذا كثيرة كلها تصرح أن التمول مرده إلى العادة والعرف.

ومن خلال هذه النصوص مع ما تقدم يتبين أن مالية الشيء متوقفة على إذن الشارع وحاجة الناس العرفية إلى تداوله، فإثبات المالية لعين ما، لا يقال: إن طريقه شرعي فقط، ولا عرفي فقط، بل مركب من الأمرين معًا، فما نهى الشارع عن بيعه فقد ماليته، وإذا هجر الناس الانتفاع بعين، ولم يعتادوا تداولها فقدت ماليتها، كالنفط كان في عصر من العصور لا ينتفع به، وبعد اكتشاف دوره في الطاقة والصناعة كان من الأموال النفيسة.

وإذا عرفنا عناصر المالية نستطيع أن نخلص إلى تعريف للمال على القول الصحيح، وأرجو أن يكون جامعًا، فأقول:

---

(١) الإنصاف (٥/ ١٣) وانظر الفروع (٤/ ١١١)، منار السبيل (١/ ٣٠٨)، مطالب أولي النهى (٣/ ١٥٨).

(٢) الإنصاف (١٠/ ٢٥٦).

(٣) كشاف القناع (١/ ١٦٥).

(٤) الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ١٧٦).

المال: ما يمكن تملكه، وكان ذا منفعة مباحة مطلقًا، واعتاد الناس أو بعضهم تموله.

وقولي: منفعة مباحة مطلقًا ليخرج بذلك ما كانت منفعة مباحة بقيد الحاجة كاقتناء الكلب، أو بقيد الضرورة كتناول الميتة.

ونختم هذا الفصل ببعض الضوابط والقواعد:

المال لا يثبت إلا بالتمول، والتمول مرده إلى العرف والعادة بشرط ألا ينهى الشارع عن تموله.

أو بعبارة أخرى: ما اعتاد الناس تموله، ولم ينه الشارع عنه، فهو مال.

وما ترك الناس تموله فقد ماليته.

قد تكون العين مالًا عند أناس، وليست مالًا عند آخرين بحسب قيام التمول من عدمه.



الفصل الثاني
في مالية المنافع

المبحث الأول
في تعريف المنفعة

❑ تعريف المنفعة:

المنفعة في اللغة تشمل كل ما يمكن استفادته من الأعيان عرضًا كان مثل سكنى الدار وأجرتها، وركوب السيارة والدواب، ولبس الثياب وقراءة الكتب، أو عينًا: مثل ثمر الأشجار، وحليب الأنعام ونحوها[١].

إلا أن المقصود بالمنافع هنا ما هو أخص من التعريف اللغوي: فالمقصود المنافع المعنوية (الأعراض) وليست الأعيان، ويتضح ذلك بتعريف المنفعة اصطلاحًا.

❑ تعريف المنفعة اصطلاحًا:

قال السرخسي: «المنفعة عرض يقوم بالعين»[٢].

وعرفها ابن عرفة: «ما لا يمكن الإشارة إليه حسًا دون إضافة، يمكن استيفاؤه، غير جزء مما أضيف إليه.

قال الشارح قوله: (ما لا يمكن) أي الشيء الذي لا يمكن الإشارة إليه، فخرج بذلك الأعيان.

---

(١) الملكية - علي الخفيف (ص١١).

(٢) المبسوط (١١/ ٨٠).

وقوله: (حسًا) احترز مما يمكن الإشارة إليه حسًا من الأعيان بنفسه كالثوب والدابة، فإنهما ليسا بمنفعة.

قوله: (دون إضافة) معمول لإشارة وهو قيد في الإشارة، ومعناه: ما لا يشار إليه حسًا إلا بقيد الإضافة، ولا يمكن عقلًا إلا ذلك، مثل ركوب الدابة، ولبس الثوب، بخلاف الثوب والدابة، فإنهما يمكن الإشارة إليهما حسًا من غير إضافة، فركوب الدابة منفعة، والدابة ليست كذلك.

قوله: (يمكن استيفاؤه) أخرج به العلم والقدرة؛ لأنهما لا يمكن استيفاؤهما، ولا تمكن الإشارة إليهما حسًا إلا بإضافتهما، تقول: هذا علم زيد.

قوله: (غير جزء مما أضيف إليه) أخرج به نفس نصف العبد ونصف الدار مشاعًا؛ لأنه يصدق عليه، وهو مشاع لا تمكن الإشارة إليه إلا مضافًا ويمكن أخذ المنفعة منه، لكنه جزء مما أضيف إليه، وليس ركوب الدابة وما شابهه كذلك»[١].

وعرفها في المطلع: «المنفعة والمنافع: الانتفاع بالأعيان كسكنى الدار، وركوب الدواب، واستخدام العبيد»[٢].

وفي مجلة مجمع الفقه الإسلامي: المنفعة كل ما يقوم بالأعيان من أعراض...[٣].

وفي الموسوعة الكويتية: «المنفعة في الاصطلاح هي: الفائدة التي تحصل

---

(١) انظر شرح حدود ابن عرفة (ص٣٩٦)، وانظر الملكية - علي الخفيف (ص١١).
(٢) المطلع (ص٤٠٢).
(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥/ ٣/ ص٢٣٠٩).

باستعمال العين، فكما أن المنفعة تستحصل من الدار بسكناها، تستحصل من الدابة بركوبها»[١].

❊ ❊ ❊

(١) الموسوعة الكويتية (٣٩/ ١٠١).

المبحث الثاني
خلاف العلماء في مالية المنافع

قال ابن قدامة: ما زالت عنه المنفعة زال عنه التقويم.

لا يصح بيع ما لا نفع فيه[١].

جاء في حاشية ابن عابدين: الأصل أن المنافع تجري مجرى الأعيان[٢].

كل ما تعورف على تداوله من أعيان ومنافع مباحة مطلقًا يعتبر محلًا صالحًا للتعاقد عليه، ككل مال متقوم[٣].

بذل المال لا يجوز إلا لمنفعة في الدين أو في الدنيا، هذا أصل متفق عليه[٤].

[م -١٢] سبق لنا تعريف المال، ومن خلال التعريف السابق يتبين لنا أن العلماء متفقون على مالية الأعيان، مختلفون في مالية المنافع والحقوق.

فقيل: المنفعة ملك، وليست مالًا، وهو مذهب الحنفية[٥].

---

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٨)، المغني (٤/ ١٢٢).

(٢) حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٨٠).

(٣) المدخل (٢/ ٧١٤، ٧١٥) ف ٣٨٨ .

(٤) الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٤/ ٢٥١).

(٥) قال ابن عابدين في حاشيته (٤/ ٥٠٢): «والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال؛ لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة. . . .».

وتقدم لنا أن من شروط المال عند الحنفية أن يكون مدخرًا، والمنافع أعراض لا يمكن ادخارها. وانظر تبيين الحقائق (٥/ ٢٣٤)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٧٨).

وقيل: المنافع من الأموال، وهو مذهب الجمهور، وهو الصحيح[(١)].

❑ ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف في بعض الأبواب كالضمان والإجارة:

فيرى الحنفية أن المنافع لا تضمن بالغصب والإتلاف خلافًا للجمهور، فمن غصب دارًا، فسكنها سنين لم تجب عليه أجرتها، وعند الجمهور تلزمه[(٢)].

كما يرى الحنفية أن المستأجر إذا مات قبل انتهاء مدة الإيجار فإن العقد ينتهي بموته؛ لأن المنفعة ليست مالًا حتى تورث خلافًا للجمهور الذين يجعلون الورثة يحلون محل مورثهم حتى تنتهي مدة الإيجار، والله أعلم[(٣)].

---

(١) العناية شرح الهداية (٣/ ٣٤٠).

(٢) يستثني الحنفية من هذا الحكم ثلاثة أشياء: الموقوف، ومال اليتيم، والأعيان المعدة للاستغلال، فإذا غصب أحد أعيانها ضمن منافعها، انظر رد المحتار (٥/ ٥٨).
والذي دفع الحنفية إلى هذا الاستثناء شعورهم أن عدم ضمان هذه المنافع مخالف للإصلاح، وهل كانت المنافع إلا جنسًا واحدًا، فما ضمن هنا كان يجب أن يضمن نظيره هناك، وعصمة مال اليتيم كعصمة غيره، فالله المستعان.

(٣) يقول الدبوسي الحنفي في تأسيس النظر: «الأصل عند الإمام القرشي أبي عبد الله محمد ابن إدريس الشافعي رحمه الله أن المنافع بمنزلة الأعيان القائمة، وعندنا بمنزلة الأعيان في جواز العقد عليها لا غير، أي عقد الإجارة، وعلى هذا:
١ - قال علماؤنا: إن من غصب دارًا، فسكنها سنين، لا أجرة عليه، وعند الشافعي تجب قيمة المنافع، وهي الأجرة، كما لو غصب عينًا من الأعيان، فاستهلكها، فإنه يضمن قيمتها.
٢ - وعلى هذا قال الشافعي: إن الإجارة في المشاع جائزة؛ لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان القائمة... وعندنا لا يجوز الإيجار في المشاع من الأجنبي - وهو هنا غير الشريك - أما إيجار أحد الشريكين حصته الشائعة من الشريك الآخر فجائز.
٣ - وعلى هذا قال الإمام الشافعي: إن الإجارة لا تنفسخ بالأعذار؛ لأن المنافع بمنزلة الأعيان القائمة، ولو باع عينًا ليس له أن ينقض البيع بالعذر، فكذلك هاهنا، وعندنا تنقض الإجارة بالأعذار.
=

❑ دليل الحنفية على عدم اعتبار المالية في المنافع:

الدليل الأول:

المنافع قبل وجودها معدومة، والمعدوم لا يطلق عليه اسم مال، وبعد كسبها تتلاشى وتفنى، فلا يمكن إحرازها.

ويناقش:

كون المنافع معدومة قبل وجودها لا ينفي عنها المالية إذا وجدت، كالعين المستأجرة إذا تلفت قبل تمام المدة، تلفت فيما بقي من مال المؤجر، وفيما مضى من مال المستأجر، وهذا لا ينفي عنها المالية.

وأما كونها بعد كسبها تتلاشى، فهذا ليس بشيء، فإن من الأعيان ما يكون الانتفاع بعينه يذهب به بالكلية، ومع ذلك لم ينف عنه المالية، فما بالك بمنافع تتجدد.

الدليل الثاني:

صفة المالية للشيء لا تثبت إلا بالتمول، والتمول صيانة الشيء وإحرازه، والمنافع لا يمكن تمولها؛ لأنه لا يمكن إحرازها.

ويناقش:

بأن هذا استدلال بموضع النزاع، فنحن لا نسلم أن مالية الشيء لا تثبت إلا بصيانة الشيء وإحرازه، والتمول ليس معناه صيانة الشيء وإحرازه، بل معنى قولك: تمول الشيء، أي اتخذه مالًا.

= ٤ - وعلى هذا قال الشافعي: إن الإجارة لا تنقض بموت أحد العاقدين، وعندنا تنقض.

٥ - وعلى هذا قال الشافعي: إن الإجرة تجب بنفس العقد بمنزلة الأعيان المبيعة في وجوب ثمنها، وعندنا تجب ساعة ويومًا فيومًا إذا لم يشترط في عقد الإجارة خلافه».

قال النبي ﷺ لعمر: **خذه فتموله، أو تصدق به.**

وتمولت واستملت: أي كثر مالك.

الدليل الثالث:

المنافع ليست أموالًا متقومة بنفسها؛ لأن التقوم يستدعي سابقة الإحراز، وما لا بقاء له لا يمكن إحرازه، وغير المحرز لا يعتبر مالًا متقومًا كالصيد في الفلاة، وإنما تتقوم المنافع بالعقد الشرعي للضرورة(١).

❑ دليل الجمهور على أن المنافع من الأموال.

الدليل الأول:

(ح-٤) ما رواه البخاري من طريق مالك، عن أبي حازم، عن سهل بن سعد قال جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله إني قد وهبت لك من نفسي فقال رجل زوجنيها قال: **قد زوجناكها بما معك من القرآن. ورواه مسلم،** واللفظ للبخاري(٢).

وجه الاستدلال:

قوله ﷺ: **(زوجناكها بما معك من القرآن)** فالباء في قوله **(بما معك)** للعوض، فإذا جعل التعليم عوضًا في النكاح دل على أنه مال، ولو لم يكن التعليم مالًا لم يصح جعله صداقًا؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾ [النساء: ٢٤]، ففي الآية دليل على أن ما لا يسمى مالًا لا يكون مهرًا.

---

(١) البحر الرائق (٨/ ١٩).

(٢) البخاري (٢٣١١)، ومسلم (١٤٢٥).

❑ اعتراض على وجه الاستدلال

اعترض على وجه الاستدلال باعتراضين:

الأول: أن الآية ليس فيها دليل؛ لأن الآية إن كانت من باب الإجارة فهي لا تصح لعدم تحديد المدة، لأن التعليم لا يعلم مقدار وقته، فقد يتعلم في زمان يسير، وقد يحتاج إلى زمان طويل، وإن كانت من باب الجعالة وهي في مثل هذا، مع عدم تحديد المدة لا تصح أيضًا، بل يجب أن يعتقد أنه لما تعذر الصداق بالعجز جعل ﷺ حفظه للقرآن فضيلة توجب تزويجه، وأخر الصداق في ذمته تفويضًا، وعليه فتكون الباء في قوله (بما معك) بمعنى اللام، أي زوجناكها لما معك من القرآن، ونظيره قصة أبي طلحة مع أم سليم.

(ح-٥) وذلك فيما أخرجه النسائي وصححه من طريق جعفر ابن سليمان، عن ثابت، عن أنس، قال: **خطب أبو طلحة أم سليم، فقالت: والله ما مثلك يرد، ولكنك كافر، وأنا مسلمة، ولا يحل لي أن أتزوجك، فإن تسلم فذاك مهري، لا أسألك غيره، فأسلم، فكان ذلك مهرها. والإسلام لا يكون صداقًا بل تفويضًا.**

ورد هذا الاعتراض:

ليس في الحديث ما يدل على أنه جعل الصداق دينًا في ذمته، وإنما النص على أن الرسول ﷺ زوجها بما معه من القرآن، والأصل أن الباء للعوض، ودعوى أن الرسول ﷺ زوجها إياه بمهر في الذمة تعطيل للنص المحفوظ، وإحالة على أمر لم يحفظ من النص.

وأما الجواب عن دعوى الجهالة في مدة الإيجار فإن الجهالة في مدة الإيجار يسيرة خاصة مع تحديد السور المراد تعلمها، فهذا العقد في استئجار الحمام

يكون على الماء، وعلى مقدار مدة اللبث في الحمام، وهما مجهولان، والإجارة لا تصح إلا بشرط معرفة العين المستهلكة من الماء، ومدة اللبث في الحمام، ومع كون العقد مشتملًا على جهالتين: جهالة المدة، وجهالة المعقود عليه، ومع ذلك صح دخول الحمام بأجرة والغرر ليس كله منهيًا عنه، بل هناك غرر متفق على قبوله، كالغرر اليسير، وغرر مجمع على النهي عنه كالغرر الكثير، وغرر مختلف فيه، هل يدخل في الغرر اليسير، فيقبل، أو في الغرر الكثير، فيمنع، وعقد التعليم مع تحديد السور المراد تعلمها من الغرر اليسير المقبول إن شاء الله تعالى.

يقول ابن عابدين: «الناس في سائر الأمصار يدفعون أجرة الحمام، وإن لم يعلم مقدار ما يستعمل من الماء، ولا مقدار القعود، فدل إجماعهم على جواز ذلك، وإن كان القياس يأباه لوروده على إتلاف العين مع الجهالة»[1].

الاعتراض الثاني:

قالوا: إن تعليم القرآن قربة أخروية، ومنفعة بضع المرأة عرض دنيوي، والمعاوضة على القرب بعرض من الدنيا لا يجوز، قال تعالى: ﴿مَن كَانَ يُرِيدُ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا نُوَفِّ إِلَيْهِمْ أَعْمَٰلَهُمْ فِيهَا وَهُمْ فِيهَا لَا يُبْخَسُونَ ﴿١٥﴾ أُو۟لَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ لَيْسَ لَهُمْ فِى ٱلْءَاخِرَةِ إِلَّا ٱلنَّارُ ۖ وَحَبِطَ مَا صَنَعُوا۟ فِيهَا وَبَٰطِلٌ مَّا كَانُوا۟ يَعْمَلُونَ﴾ [هود: ١٦].

ويجاب عن هذا:

بأن تعليم القرآن مركب من أمرين، القيام بالتعليم، وكونه من القرآن، فالتعليم بحد ذاته منفعة دنيوية. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المحذور أن

(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٢).

يكون قصد الإنسان في أمور الآخرة الدنيا فقط، وأما أن يكون الباعث على الأمر الأخروي مجموع الأمرين: الدنيا والآخرة فلا يقدح في هذا.

قال تعالى: ﴿وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجۡعَل لَّهُۥ مَخۡرَجٗا ۝٢ وَيَرۡزُقۡهُ مِنۡ حَيۡثُ لَا يَحۡتَسِبُۚ﴾ [الطلاق: ٢، ٣].

وقال تعالى: ﴿فَقُلۡتُ ٱسۡتَغۡفِرُواْ رَبَّكُمۡ إِنَّهُۥ كَانَ غَفَّارٗا ۝١٠ يُرۡسِلِ ٱلسَّمَآءَ عَلَيۡكُم مِّدۡرَارٗا ۝١٠ وَيُمۡدِدۡكُم بِأَمۡوَٰلٖ وَبَنِينَ وَيَجۡعَل لَّكُمۡ جَنَّٰتٖ وَيَجۡعَل لَّكُمۡ أَنۡهَٰرٗا﴾ [نوح: ١٠، ١١].

فحض تعالى على الاستغفار بذكر بعض الفوائد الدنيوية.

وأقر الرسول ﷺ أخذ العوض على الرقية بالحديث الصحيح(١). مع أن الرقية عبادة.

وقال الرسول ﷺ: «**من قتل قتيلًا له عليه بينة فله سلبه**»(٢) ولو كان هذا يقدح في الإخلاص لم يحض الرسول ﷺ صحابته على الجهاد بذكر المغنم.

وقال ﷺ: «**تابعوا بين الحج والعمرة فإنهما ينفيان الفقر والذنوب كما ينفي الكير خبث الحديث**»(٣).

الدليل الثاني:

آجر شعيب موسى على أن ينكحه إحدى ابنتيه، والإجارة منفعة، قال تعالى في قصة موسى: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ﴾ [القصص: ٢٧].

---

(١) صحيح البخاري (٢٢٧٦)، ومسلم (٢٢٠١).

(٢) البخاري (٣١٤٢)، ومسلم (١٧٥١).

(٣) رواه أحمد (١/ ٣٨٧)، والترمذي (٨١٠)، والنسائي (٢٦٣٠)، وابن ماجه (٢٨٨٧) وغيرهم.

فصح بذل المنفعة صداقًا للمرأة، وصح أن المنفعة مال وإلا لما صح جعله مهرًا.

الدليل الثالث:

الأعيان لا تكون مالًا إلا إذا ثبت أن لها منفعة؛ لأن الأعيان لا تقصد لذاتها، وإنما تقصد لمنافعها، فالمنافع هي الأصل في ثبوت المالية للأعيان، وإنما تعرف قيمة العين بحجم منفعتها، وإذا قلت منفعة العين أو انعدمت طرح الناس التمسك بالعين، وانتفت عنها المالية كما عرفنا سابقًا أن من شروط المال أن يكون مشتملًا على منفعة مباحة، وإذا كانت المنافع بهذه المثابة، فيستحيل ألا تكون متقومة بنفسها، فثبت بذلك ماليتها.

الدليل الرابع:

لو لم تكن المنافع أموالًا لما بذلت الأموال في تحصيلها، ولما بني عليها كثير من العقود كعقد الإجارة وعقد الاستصناع.

ويمكن أن يجاب عن قول أصحاب القول الأول بأن قولكم: إن الإجارة على خلاف القياس دعوى في محل النزاع، بل لا يوجد في أحكام الشرع ما هو على خلاف القياس، وقد بينت ذلك في كتابي أحكام الطهارة في كتاب التيمم.

❑ الراجح من الخلاف:

الراجح أن المال كما يشمل الأعيان فإنه يشمل المنافع التي لها قيمة بين الناس واعتاد الناس الاعتياض عنها وتمولها.

❊ ❊ ❊

الفصل الثالث
في مالية الديون

المبحث الأول
في تعريف الدين

قال ابن مفلح الدين لا يثبت إلا في الذمم[١].

قال في الحاوي: جميع الديون تقضى من جميع الأموال[٢].

وفيه أيضًا: كل حق ثابت في الذمة لا يبطل بتلف المال كالدين والقرض[٣].

تعريف الدين[٤]:

☐ الدين في اصطلاح الفقهاء:

عرفه ابن عابدين بقوله: «الدين: ما وجب في الذمة بعقد أو استهلاك، وما صار في ذمته دينًا باستقراضه»[٥].

---

(١) الفروع (٤/ ١٦٣).

(٢) الحاوي (١٧/ ٤١٤).

(٣) الحاوي (٣/ ١٢٨).

(٤) الدين: يقال: دان فلان يَدِين دينًا: استقرض، وصار عليه دين، فهو دائن. ورجل مدين: كمقيل. ومديون، ومدان كمجاب، وتشدد الدال: أي لا يزال عليه دين. أو رجل مديون: كثير ما عليه من الدين. وأدَان وادَّن واستدان وتدين: أخذ دينًا. ورجل مِديان: يقرض الناس كثيرًا. وقيل: يستقرض كثيرًا.
وقال ابن الأثير: المديان: مفعال من الدين للمبالغة، وهو الذي عليه الديون.
وداينته مداينة: أقرضته وأقرضني. انظر تاج العروس (١٨/ ٢١٤).

(٥) حاشية ابن عابدين (٥/ ١٥٧).

فقولنا: (ما وجب في الذمة) الذمة: وصف يصير به الإنسان أهلًا لما له، وما عليه، فيكون أهلًا للتملك، كما يكون أهلًا لتحمل دفع ثمن ما يملك(١).

هذا هو تعريف الحنفية للذمة، فهو وصف قدر الشارع وافترض وجوده في الشخص إيذانًا بصلاحيته لأن تكون له حقوق، وعليه واجبات.

وخالفهم آخرون، فلم يروا أن الذمة وصف مقدر، وإنما الذمة: هي النفس والذات، فإذا قيل: ثبت المال في ذمة فلان، وتعلق بذمته، وبرئت ذمته، وشغلت ذمته، فالمراد بذمته: ذاته، ونفسه؛ لأن الذمة في اللغة: العهد والأمانة، ومحلها: النفس، فسمي محلها باسمها(٢).

كما أن التعريف جعل الدين يشمل ثلاثة أمور:

الأمر الأول: ما وجب بعقد كالمعاوضة عن طريق البيع والشراء والإجارة.

الأمر الثاني: ما ثبت عن طريق الاستهلاك كالإتلاف مثلًا.

الأمر الثالث: ما ثبت عن طريق القرض.

فالدين أعم من القرض، فكل قرض دين، وليس العكس.

وقال ابن نجيم: الدين «لزوم حق في الذمة»(٣).

وهذا أحسنها؛ لأنه يشمل كل ما يشغل ذمة الإنسان، سواء أكان حقًا لله، أم للعبد. ودَيْن الله: حقوقه التي ثبتت في الذمة، ولا مطالب لها من جهة العباد، كالنذور والكفارات، وصدقة الفطر...(٤).

---

(١) انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٢٥).
(٢) انظر معجم المصطلحات الاقتصادية - نزيه حماد (ص١٧٣).
(٣) فتح الغفار بشرح المنار (٣/ ٢٠)، وانظر شرح التلويح على التوضيح (٢/ ١٣٢، ١٣٣).
(٤) الموسوعة الكويتية (٢١/ ١٤٢).

❑ توصيف الدين:

يطلق الفقهاء كلمة (الدين) في مقابل كلمة (العين).

فإذا كانت العين من الأموال هي ذاتًا يمكن الإشارة إليها بالتعيين، وترى بالعين، فإن الدين وصف، وليس عينًا، ويثبت في الذمة، ولا يمكن الإشارة إليه.

فإذا اشتريت سيارة بسيارة، فقد اشتريت عينًا بعين.

وإذا اشتريت سيارة بدراهم غير معينة، أو معينة على القول بأن الدراهم لا تتعين بالتعيين، فقد اشتريت عينًا بدين، حتى ولو كانت الدراهم حالة فإنها تسمى دينًا، لأن الدين قد يكون حالًا، وقد يكون مؤجلًا، والفرق بينهما: أن المعين إذا تلف فقد فات، وغير المعين (الدين) إذا تلف مال الإنسان لم يفت؛ لأن تعلقه بالذمة، وليس بعين المال فتشغل ذمته بدفع مثله.

جاء في مجلة الأحكام العدلية:

«الدين ما يثبت في الذمة، كمقدار من الدراهم في ذمة رجل، ومقدار منها ليس بحاضر، والمقدار المعين من الدراهم أو من صبرة الحنطة الحاضرتين قبل الإفراز، فكلها من قبيل الدين»[١].

فجعل شراء المقدار المعين بكيل من صبرة الحنطة قبل كيلها من قبيل الدين، ولو كانت حاضرة.

فتقسيم المال إلى دين وعين إنما هو تقسيم باعتبار متعلقه، فالمال إما أن يتعلق بالذمة، وهو ما يسمى بالدين.

---

(١) مجلة الأحكام العدلية مادة (١٥٨).

أو لا يتعلق بالذمة، فيسمى بالعين.

وأقرب مثال يوضح ذلك: أن الزكاة لما كانت متعلقة بعين المال، وليست بالذمة وجبت في مال الصبي والمجنون، مع أن ذمتهما ليست محلًا للتكليف.

قال ﷺ: **فإن هم أجابوك لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم**(١).

❑ والفرق بين الدين والعين من وجوه:

الأول: المال المعين إذا تلف بغير تعد ولا تفريط فقد فات، أما المال الثابت في الذمة فإنه لا يبطل بتلف مال صاحبه.

الثاني: من عليه دين فله قضاؤه من أي ماله شاء، فالدين يمكن وفاؤه بدفع مثله، وإن لم يدفع عينه. بخلاف العين فإن الحق يتعلق بذاتها، لا بأمثالها.

الثالث: الحوالة، والمقاصة لا تجري إلا في الديون؛ لأن الأعيان إنما تستوفى بذاتها، لا بأمثالها.

فائدة: إذا تزاحم حقان في محل: أحدهما متعلق بذمة من هو عليه، والآخر متعلق بعين من هي له، قدم الحق المتعلق بالعين على الآخر؛ لأنه يفوت بفواتها، بخلاف الحق الآخر(٢).

(ح-٦) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: **من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس، فهو أحق به من غيره. متفق عليه**(٣).

---

(١) صحيح البخاري (١٣٠٨) ومسلم (٢٧).

(٢) انظر المنثور في القواعد (٢/ ٦٤).

(٣) البخاري (٢٤٠٢)، ومسلم (١٥٥٩).

المبحث الثاني
خلاف العلماء في مالية الديون

قال ابن رجب: الواجبات المالية منقسمة إلى دين وعين[١].

وقال ابن الهمام: الدين مال حكمًا لا حقيقة[٢].

[م - ١٣] عرفنا فيما سبق الخلاف في مالية المنافع، ونريد أن نعرف الآن خلاف العلماء في مالية الديون، فهل يعتبر ما ثبت في ذمة الإنسان مالًا حال كونه في الذمة؟

وللجواب على هذا نقول:

«لا خلاف بين الفقهاء في أن الحق الواجب في الذمة إذا لم يكن ماليًا، فإنه لا يعتبر مالًا، ولا يترتب عليه شيء من أحكامه»[٣].

وأما إذا كان الدين الشاغل للذمة ماليًا، فقد اختلف الفقهاء في اعتباره مالًا حقيقة حال كونه دينًا على قولين:

❑ القول الأول:

الدين لا يعتبر مالًا حقيقة، وإنما يعتبر مالًا حكمًا باعتبار أنه يتحول إلى المال بالاستيفاء، وهو مذهب الحنفية[٤]، والقديم من قولي الشافعي

---

(١) القواعد لابن رجب، القاعدة الثانية والأربعين (ص٥٣).

(٢) فتح القدير (٦/ ٤٩٢).

(٣) الموسوعة الكويتية (٣٦/ ٣٣)، قضايا فقهية مالية معاصرة - نزيه حماد (ص٣٦).

(٤) الحنفية تارة يعتبرون الدين مالًا، وتارة لا يعتبرونه كذلك، ففي باب النكاح اعتبروا الدين مالًا، فلو تزوج امرأة بعشرة دراهم، دينًا له على فلان، صحت التسمية، وعللوا ذلك =

عليه رَحِمَهُ اللَّهُ[١].

❑ القول الثاني:

الدين يعتبر من الأموال، وهو أحد القولين في مذهب الشافعية، ومذهب الحنابلة[٢].

= بأن الدين مال، وأدخلوه تحت قوله تعالى: ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾ ولم يجعلوا الدين مالًا في باب الزكاة، والأيمان، فلو حلف أنه لا مال له، وله دين على موسر، لا يحنث. انظر البحر الرائق (٣/ ١٥٢)، (٤/ ٤٠٤)، المبسوط (٩/ ١٤)، تبيين الحقائق (٣/ ١٥٨، ١٥٩، ١٦٣)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٧٨٩).

(١) قال الزركشي في المنثور في القواعد (٢/ ١٦٠): «الدين هل هو مال في الحقيقة، أو هو حق مطالبة يصير مالًا في المآل؟

فيه طريقان، حكاهما المتولي في كتاب الصلح.

ووجه الأول: أنه يثبت به حكم اليسار، حتى تلزمه نفقة الموسرين وكفارتهم، ولا تحل له الصدقة.

ووجه الثاني: أن المالية من صفات الموجود، وليس ههنا شيء موجود، قال: وإنما استنبط هذا من قول الإمام الشافعي: فمن ملك ديونًا على الناس، هل تلزمه الزكاة؟ المذهب الوجوب، وفي القديم قول: إنها لا تجب.

ويتفرع عليه فروع:

منها: هل يجوز بيع الدين لغير من هو عليه؟ إن قلنا: إنه مال، جاز، أو حق، فلا؛ لأن الحقوق لا تقبل النقل إلى الغير.

ومنها أن الإبراء عن الدين هل هو إسقاط أو تمليك؟

ومنها: حلف لا مال له، وله دين حال على مليء، حنث على المذهب، وكذا المؤجل، وعلى المعسر في الأصح». اهـ

(٢) قال الزركشي في المنثور في القواعد (١/ ١٠١): «أداء الواجبات على أضرب:

الأول: المالية، وتنقسم إلى عين ودين، أما الدين فإما أن يكون لله تعالى، أو لآدمي...» وانظر روضة الطالبين (٨/ ٢٢٧)، حاشية البجيرمي (٢/ ٤٠٧)، إعانة الطالبين (٣/ ٣٣)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/ ٦٣٦)، كفاية الأخيار (١/ ٢٥٨). =

☐ تعليل من قال: الدين لا يعتبر مالًا:

التعليل الأول:

عللوا ذلك: بأن الدين إنما هو وصف في الذمة، لا يتصور قبضه حقيقة[١].

وقد تكلف الحنفية رحمهم الله في تصوير كيفية استيفاء الدين، لاعتقادهم بأن الدين لا يمكن قبضه حقيقة، وإنما يكون بطريق المقاصة عند أبي حنيفة[٢].

ويناقش:

بأن الدين كونه وصفًا في الذمة فهذا من حيث تعلقه، فهو إما أن يتعلق

= وجاء في تعريف البيع عند الحنابلة: «مبادلة مال ولو في الذمة...» انظر حاشية ابن قاسم (٤/ ٣٢٦)، وزاد المستقنع (ص١٠٢).
فجعل ما يثبت في الذمة لا يخرجه عن مسمى المال. وانظر الموسوعة الكويتية (٣٦/ ٣٤).

(١) البحر الرائق (٤/ ٤٠٤)، الدر المختار (٣/ ٨٤٨)، المبسوط (٩/ ١٤)، تبيين الحقائق (٣/ ١٥٨، ١٥٩، ١٦٣)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٧٨٩)..

(٢) بيان ذلك: إذا اشترى رجل ثوبًا بعشرة دراهم صار الثوب ملكًا له، وحدث بالشراء في ذمته عشرة دراهم ملكًا للبائع، فإذا دفع المشتري عشرة إلى البائع وجب مثلها في ذمة البائع دينًا، وقد وجب للبائع على المشتري عشرة بدلًا عن الثوب، فالتقيا قصاصًا.
يقول الكاساني في بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٤): «قبض نفس الدين لا يتصور لأنه عبارة عن مال حكمي في الذمة، أو عبارة عن الفعل، وكل ذلك لا يتصور فيه قبضه حقيقة، فكان قبضه بقبض بدله، وهو قبض العين، فتصير العين المقبوضة مضمونة على القابض، وفي ذمة المقبوض منه مثلها في المالية، فيلتقيان قصاصًا هذا هو طريق قبض الديون».
قال ابن تيمية ﷺ: «وهذا تكلف أنكره جمهور الفقهاء، وقالوا: بل نفس المال الذي قبض يحصل به الوفاء، ولا حاجة إلا أن يقدروا في ذمة المستوفي دينًا، فالدين في الذمة من جنس المطلق الكلي، والعين من جنس المعين الجزئي، فإذا ثبت في ذمته دين مطلق كلي كان المقصود منه الأعيان المشخصة الجزئية، فأي معين استوفاه حصل به مقصوده، لمطابقته للكل مطابقة الأفراد الجزئية». بدائع الفوائد لابن القيم (٤/ ١٢٣)، وانظر مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥١٣).

بالذمة، وهو الدين أو يتعلق بشيء معين، وهو العين، وحقيقتهما واحدة؛ لأن متعلق الشيء غير الشيء.

التعليل الثاني:

المال هو ما يتمول، وتمول ما في الذمة لا يتحقق.

ويناقش:

بأن عدم تموله ليس عائدًا إلى حقيقة المال، وإنما لوجود مانع، كما أن المرهون لا يمكن تموله، ولا يخرجه ذلك عن المالية.

التعليل الثالث:

المال ما يتوصل به إلى قضاء الحوائج، وما في الذمة باعتبار حاله غير صالح لذلك، بل باعتبار مآله، وهو القبض، والمقبوض عين[1].

والجواب عنه كالجواب عن الدليل السابق.

❑ دليل الجمهور على اعتبار الديون من الأموال:

الدليل الأول:

الدين مال حقيقة، ينتقل بالإرث، والهبة، والوصية، وهذا شأن الأموال، ويثبت بالدين حكم اليسار لصاحبه، وتلزمه نفقة الموسرين وكفارتهم، ولا تحل له الصدقة، وتجب عليه زكاة الدين إذا كان دينه على مليئ غير مماطل على الصحيح، وهذا كله دليل على أن الدين مال من الأموال.

الدليل الثاني:

قد أثبتنا في المسألة السابقة أن المنفعة مال، مع عدم القدرة على حيازتها

---

(١) المبسوط (٩/ ١٤).

وادخارها، فكذلك الدين فإنه مال، وإن كان متعلقًا بالذمة.

الدليل الثالث:

أكثر أموال التجار هي ديون، فلو لم نعتبرها مالًا لتضرر الفقراء لعدم وجوب الزكاة فيها؛ لأن الزكاة لا تجب إلا في ما يعتبر مالًا، وهذا إضرار كبير بمصلحة الفقراء دون دليل.

الدليل الرابع:

الديون في حقيقتها إما أعيان أو منافع، وتعلقها بالذمة لا يغير شيئًا من ماهيتها لا من قريب ولا من بعيد، وإنما له تعلق في أبواب أخرى كباب الضمان مثلًا، فما تعلق بالذمة وجب رد مثله ولو تلف مال المدين، وما كان تعلقه بالعين، ثم تلف لم يضمن إلا ما كان فيه تعد أو تفريط(١)، كما أن ما تعلق بالذمة يمكن الوفاء من أي ماله شاء، ولا يتعلق الوفاء بمال بعينه، بخلاف ما تعلق بالعين فإنه يجب رد نفس العين(٢)، فتحديد المتعلق إنما هو لهذه المصلحة وأمثالها، وهذا لا ينفي المالية.

---

(١) قال في الحاوي (٣/ ١٢٨): «كل حق ثابت في الذمة لا يبطل بتلف المال كالدين والقرض، وكل حق تعلق بالعين يبطل بتلف المال كالوديعة والمضاربة وإرش الجناية».

(٢) هذا هو الأصل في جميع الديون، إلا أن لهذه القاعدة استثناءات، حيث إن بعض الديون تتعلق بأعيان المدين المالية، من ذلك الدين الذي استوثق له صاحبه برهن، فإنه يتعلق بالعين المرهونة، وعلى ذلك فلا يكون لصاحبها أن يتصرف فيها إلا بإذن المرتهن، ومن ذلك الدين الذي حجر على المدين بسببه، فإنه يتعلق بأمواله، ومن ذلك حقوق الدائنين في مال المريض مرض الموت، حيث إنها تتعلق بمال المريض بعد أن كانت متعلقة بذمته في حال الصحة، وكل هذه الأبواب سيأتي التفصيل فيها إن شاء الله تعالى في بابها، وإنما اقتضت الإشارة إليها هنا، والله الموفق والمستعان.

الدليل الخامس:

يجوز أن يكون صداق المرأة دينًا في ذمة زوجها، ولو كان الدين لا يعتبر مالًا لما صح كونه صداقًا؛ لأن الصداق شرط في صحة النكاح قال تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤].

الدليل السادس:

عرف الفقهاء المال كما تقدم في باب تعريف البيع، بأنه مبادلة مال بمال، وقد يثبت الثمن وحده في ذمة المشتري، وقد يثبت المبيع وحده في ذمة البائع كما في السلم، وقد يثبت الثمن والمبيع في ذمتيهما: كما لو اشترى خمسة آصع موصوفة بدينار ولم يعينه، فيكون من باب بيع الدين بالدين فيجوز بشرط قبض أحد العوضين قبل التفرق(١).

فهل نقول عن هذه الصور بأنها ليست بيعًا، لأن أحد العوضين دين، والدين ليس بمال، ولم يقل أحد من أهل العلم بأن هذا لا يسمى بيعًا ما دام الثمن في ذمة المشتري، بل يرى الحنفية أن الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعين، وإنما تجب في الذمة(٢).

❑ الخلاصة:

بعد استعراض الخلاف والأدلة أجد أن القول الراجح قول الجمهور، وهو **أن الدين مال حقيقة، وليس حكمًا.**

وأما قول الحنفية بأن الدين ليس بمال ما دام في الذمة حتى يقبض فلعلهم

---

(١) انظر حاشية العنقري على الروض المربع (٢/ ٢٣).

(٢) انظر الخلاف في كون الدراهم لا تتعين بالتعيين في أحكام المعقود عليه من هذا البحث.

أرادوا أن يطردوا قولهم بأن المال لا بد له من الادخار، وأن المال وهو في الذمة لا يمكن ادخاره، وبالتالي لا يكون مالًا، ولو أنهم قالوا: إن الدين إن كان عن عين فهو مال، وإن كان عن منفعة لم يكن مالًا لاطَّرَد قولهم دون اللجوء إلى عدم اعتبار الدين مالًا في الزكاة والكفارات، واعتباره مالًا في النكاح، فإن هذا نوع من التناقض، والله أعلم.



الفصل الرابع
في مالية الحقوق

المبحث الأول: في تعريف الحق

❑ تعريف الحق اصطلاحًا(١):

يقول الشيخ مصطفى الزرقاء: «لم أر للحق بمفهومه العام تعريفًا صحيحًا

(١) الحق لغة: نقيض الباطل، وجمعه: حقوق وحقاق، والحق مصدر: حق الأمر يَحِق ويَحُق حقًا وحقوقًا من بابي: ضرب وقتل. صار حقًا وثبت قال الأزهري: معناه: وجب يجب وجوبًا. وفي التنزيل ﴿قَالَ ٱلَّذِينَ حَقَّ عَلَيۡهِمُ ٱلۡقَوۡلُ﴾ [القصص٦٣] أي ثبت.
وقال تعالى: ﴿وَلَٰكِنۡ حَقَّتۡ كَلِمَةُ ٱلۡعَذَابِ عَلَى ٱلۡكَٰفِرِينَ﴾ [الزمر:٧١] أي وجبت وثبتت.
وقال تعالى: ﴿لَقَدۡ حَقَّ ٱلۡقَوۡلُ عَلَىٰٓ أَكۡثَرِهِمۡ فَهُمۡ لَا يُؤۡمِنُونَ ۝٧﴾ [يس:٧].
وقال تعالى: ﴿وَلِلۡمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُتَّقِينَ ۝٢٤١﴾ [البقرة:٢٤١]. انظر لسان العرب (١٠/ ٤٩).
وذكر الأصفهاني في المفردات في غريب القرآن (ص١٢٥) أن الحق يطلق على معان كثيرة، منها:
إطلاق الحق على الله ﷻ، قال تعالى: ﴿ثُمَّ رُدُّوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ مَوۡلَىٰهُمُ ٱلۡحَقِّۚ﴾ [الأنعام:٦٢].
وجاء في لحديث: (أنت الحق ووعدك حق) البخاري (١٠٥٣)، ومسلم (١٢٨٨).
وإطلاق الحق على الشيء الموجَد بحسب ما تقتضيه الحكمة، قال تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِي جَعَلَ ٱلشَّمۡسَ ضِيَآءٗ وَٱلۡقَمَرَ نُورٗا﴾ إلى قوله تعالى ﴿مَا خَلَقَ ٱللَّهُ ذَٰلِكَ إِلَّا بِٱلۡحَقِّۚ﴾ [يونس: ٥].
وقال تعالى: ﴿وَيَسۡتَنۢبِـُٔونَكَ أَحَقٌّ هُوَۖ قُلۡ إِي وَرَبِّيٓ إِنَّهُۥ لَحَقّٞۖ﴾ [يونس: ٥٣].
ومنها إطلاق الحق على الاعتقاد للشيء المطابق لما عليه ذلك الشيء في نفسه، قال تعالى: ﴿فَهَدَى ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِمَا ٱخۡتَلَفُواْ فِيهِ مِنَ ٱلۡحَقِّ﴾ [البقرة: ٢١٣].
ومنها إطلاق الحق على النصيب، جاء في الحديث: (إن الله أعطى كل ذي حق حقه) سنن الترمذي [٢٠٤٧] وفي إسناده شهر بن حوشب. =

جامعًا لأنواعه كلها لدى فقهاء الشريعة أو القانون»(١).

= ومنها إطلاق كلمة الحق على ضد الباطل، قال تعالى: ﴿وَقُلْ جَآءَ ٱلْحَقُّ وَزَهَقَ ٱلْبَٰطِلُ﴾ [الإسراء: ٨].

ومنها: إطلاق الحق على الحكم أو على القرآن: قال تعالى: ﴿وَلَوِ ٱتَّبَعَ ٱلْحَقُّ أَهْوَآءَهُمْ لَفَسَدَتِ ٱلسَّمَٰوَٰتُ وَٱلْأَرْضُ وَمَن فِيهِنَّ﴾ [المؤمنون: ٧١].

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة (ص١٩ - ٢١).

وقد قسم الفقهاء الحقوق إلى عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة، منها:

تقسيم باعتبار صاحب الحق، حيث قسموا الحقوق: إلى حق لله تعالى.. وحق لآدمي. وحق مشترك.

وقسموا الحقوق من حيث المالية: إلى حقوق مالية، وحقوق غير مالية.

ومن حيث تعلقه بالشخص، قسموا الحقوق: إلى حق عيني، وحق شخصي، وحق معنوي.

ومن حيث تقرره في محله: قسموها إلى حقوق مجردة، وحقوق غير مجردة.

فالحق المجرد: هو الذي ما كان غير متقرر في محله، كحق الشفعة، فهو نوع من الولاية أعطيت للشفيع في أن يتملك العقار بعد أن يتملكه المشتري، إن رأى صاحبه الخير في الانتفاع به انتفع، وإن رأى غير ذلك ترك، دون أن يترتب على تركه والتنازل عنه تغير في حكم ذلك المحل، فملكية المشتري للعقار قبل التنازل عن الشفعة هي بعينها بعد التنازل عنها، فلا يرى للشفيع حق مستقر يحد من تصرف المشتري فيه، وانتفاعه به، فحاله بعد التنازل عن الشفعة هي حاله قبل التنازل عنها.

وأما الحقوق غير المجردة هو ما له تعلق بمحله تعلق استقرار، بمعنى أن لتعلقه أثرًا أو حكمًا قائمًا يزول بالتنازل عنه، وذلك كحق القصاص، فإنه يتعلق برقبة القاتل ودمه، ومع قيامه يكون غير معصوم بالنسبة لولي القصاص، وبالتنازل عنه يصير معصوم الدم.

كما قسموا الحقوق إلى حقوق تقبل الإسقاط، وهو الأصل.

وحقوق لا تقبل الإسقاط كإسقاط الأب حقه في الولاية على الصغير.

وقسموا التي تقبل الإسقاط إلى حقوق يصح الاعتياض عنها بالمال، وإلى ما لا يصح فيها ذلك.

كما قسموا الحقوق من حيث سبب الثبوت إلى حقوق تثبت لأجل دفع الضرر كحق الشفعة والخيار، وحقوق تثبت لأصحابها أصالة لا على وجه رفع الضرر كحق ولي المقتول بالقصاص. =

وقال الشيخ علي الخفيف ﵀: «لا يختلف استعمال الحق عند الفقهاء عن استعماله اللغوي...»[١].

قلت: ومن ذلك ما نقله ابن نجيم عن البناية: حيث عرف الحق بقوله: الحق ما يستحقه الرجل...[٢].

وهذا التعريف غير جامع، لعدم دخول حق الله فيه، كما أنه يلزم منه الدور، فمعرفة ما يستحقه الرجل متوقفة على معرفة الحق، ومعرفة الحق متوقفة على معرفة الاستحقاق، وهكذا.

ونقل ابن نجيم عن شرح المنار للسيد نكركار: أن الحق هو الشيء الموجود من كل وجه، ولا ريب في وجوده، ومنه قوله ﵇: ...العين حق[٣].

ونقل ابن نجيم أيضًا عن شرح البخاري للكرماني، حيث قال: الحق حقيقة هو الله تعالى بجميع صفاته؛ لأنه الموجود حقيقة بمعنى لم يسبق بعدم، ولم يلحقه عدم، وإطلاق الحق على غيره مجاز، ولذا ورد في الحديث اللهم أنت

= وقد تركت ضرب الأمثلة خشية الإطالة لأن ما يهمنا في هذا البحث هو تحرير مالية الحقوق، فاقتضى الكلام في هذا أن أذكر مقدمة مختصرة في الحق وأقسامه حتى أصل إلى تحرير مالية الاسم التجاري والعلامة التجارية وحقوق التأليف وبراءة الاختراع، أسأل الله ﷻ بمنه وكرمه أن يوفقني إلى حسن الفهم وحسن العرض.
انظر حاشية المدخل في الفقه الإسلامي - د. محمد مصطفى شلبي (ص٣٣٢)، والمدخل في الفقه الإسلامي د. محمد سلام مدكور من صفحة (٤٢٨ - ٤٣٧)، وحاشية أحكام المعاملات الشرعية. د. علي الخفيف (ص٣١، ٣٢)، دراسة شرعية لأهم العقود المستحدثة - محمد مصطفى الشنقيطي (١/ ٦٨٦).

(١) أحكام المعاملات الشرعية (ص٣١ من الحاشية) ونقلته الموسوعة الكويتية (٣/ ١٠).
(٢) البحر الرائق (٦/ ١٤٨).
(٣) البحر الرائق (٦/ ١٤٨).

الحق، ووعدك الحق، وقولك الحق» بالتعريف في الثلاثة ثم قال: ولقاؤك حق، والجنة حق، والنار حق، والساعة حق بالتنكير(١). اهـ

والحق في المعنى الاصطلاحي له معنيان:

أ - معنى عام. ب - ومعنى خاص.

❑ تعريف الحق بمعناه العام:

قال الشيخ علي الخفيف الحق «يطلق في الفقه الإسلامي على كل عين أو مصلحة تكون لك بمقتضى الشرع سلطة المطالبة بها، أو منعها عن غيرك، أو بذلها له في بعض الأحيان، أو التنازل عنها كذلك، فيطلق على الأعيان المملوكة، فتقول: هذا الكتاب حقي، ويطلق على الملك نفسه، فتقول: ملكية هذا الكتاب حق من حقوقي، ويطلق على المنافع أو المصالح على وجه عام، فتقول: سكنى هذا الدار حق للموصى له بمنفعتها... والحضانة حق للأم، والولاية على النفس وعلى المال حق للأب، والشفعة حق للشريك، ولفلان حق المرور في هذا الطريق أو حق العلو على هذا البناء، وهكذا».

وهو بهذا المعنى يطلق على الأعيان والمنافع والمصالح المادية وغير المادية، فهو أعم من المال؛ لأن المال يطلق على ما يتموله الناس فقط كما سبق، والحق بمعناه العام يطلق على ما يتقوم ويتمول، ويطلق على غيره مما لا يتقوم أو يتمول.

وجميع هذه الإطلاقات لم تخرج عن المعنى اللغوي للحق الذي سبق بيانه(٢).

---

(١) المرجع السابق.

(٢) وأما المعاصرون فقد عرفوا الحق بعدة تعريفات، أختار منها: =

❑ أقسام الحق بمعناه العام:

إذا عرفنا الحق بمعناه العام، نستطيع أن نقول: إن الحق بمعناه العام، ينقسم إلى قسمين:

= الأول: تعريف الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله تعالى:
يقول الشيخ: «الحق هو اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفًا......
وإليك تحليل هذا التعريف وإيضاحه:
فأخرج بقوله (الاختصاص) ما لا اختصاص فيها، كحق الاصطياد، والاحتطاب من البراري، والتنقل في أرجاء الوطن، فلا تعتبر حقًا بالمعنى المراد هنا، وإنما هي رخصة، ولكن إذا منح إنسان امتيازًا باستثمار شيء من هذه المباحات فانحصر به يصبح ذلك حقًا له».
وقولنا: (يقرر به الشرع سلطة أو تكليفًا) لا بد من إقرار الشارع لهذا الاختصاص، فما اعتبره الشارع حقًا كان حقًا، وما لا فلا.
وقولنا: (سلطة أو تكليفًا) لأن الحق تارة يتضمن سلطة، وتارة تكليفًا.
والسلطة نوعان: سلطة على شخص، وسلطة على شيء معين.
فالسلطة على شخصكحق الولاية على النفس، إذ يخول الولي أن يمارس سلطة على القاصر تأديبًا وتطبيبًا وتعليمًا... وكذلك حق حضانة الصغير وتربيته.
والسلطة على شيء معين: كحق الملكية، فإنها سلطة للإنسان على ذات الشيء... وكحق التمليك بالشفعة، وحق الانتفاع بالأعيان، وحق الولاية على المال.
وأما التكليف فهو دائمًا عهدة على إنسان، وهو إما عهدة شخصية كقيام الأجير بعمله، وإما عهدة مالية كوفاء الدين.
فالعطف بحرف (أو) في قولنا «سلطة أو تكليفًا» يفسح مجالًا لتوزيع موضوعَي الحق، وهما (السلطة والتكليف) على موضعهما، وهما: الشخص والشيء، بحسب ما يناسب كلًا منهما...
إن هذا التعريف كما يشمل بعمومه جميع أنواع الحقوق المدنية، يشمل أيضًا الحق الديني لله تعالى كفروضه على عباده من صلاة وصيام ونحوهما، ويشمل أيضًا الحقوق الأدبية كحق الطاعة في المعروف للوالد على ولده، وللرجل على زوجته، وكذا يتناول حقوق الولاية العامة في إقرار النظام، وقمع الإجرام، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والجهاد ونشر الدين والدعوة؛ لأن كل ذلك وأشباهه إما سلطة يختص بها من أثبتها له الشرع، وإما تكليف بأمر مكلف به شرعًا. انظر المدخل إلى نظرية الالتزام العامة (ص١٩ - ٢٢١). =

حق مالي: وهو ما يتعلق بالمال، كملكية الأعيان أو الديون أو المنافع.

وحق غير مالي: كحق الولي في التصرف على الصغير بتعليمه وتأديبه.

والحق المالي ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

حقوق عينية، وحقوق شخصية، وحقوق معنوية.

❑ تعريف الحقوق العينية:

الحق العيني: سلطة مباشرة يقررها الشرع لشخص ما على عين مالية معينة يملك صاحبها أن يباشر حق التصرف بهذه العين بيعًا واستعمالًا واستغلالًا واستهلاكًا واحتباسًا دون وساطة أحد، ولذا لا يرى في الحق العيني سوى عنصرين بارزين هما: صاحب الحق، ومحل الحق. وأهم الحقوق العينية هو حق الملكية(١).

= وعرف الشيخ علي الخفيف الحق بأنه «مصلحة مستحقة شرعًا».
وعرفه الشيخ الدكتور أحمد فهمي أبو سنة بأنه: «ما ثبت في الشرع للإنسان، أو لله تعالى على الغير». انظر النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية (ص٥٠).

(١) انظر الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (٨/ ١٨٤)، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة - الزرقا (ص٢٧)، الملكية - على الخفيف (ص١٣)، المدخل إلى فقه المعاملات المالية - محمد عثمان شبير (ص٧٦).
والحقوق العينية أنواع، أجملها الزرقا فيما يلي:
الأول: حق الملكية.
الثاني: حق الانتفاع.
الثالث: حق الارتفاق (وهو منفعة مقررة لعقار على عقار آخر) مثل حق الشرب والمسيل والمرور والتعلي والجوار.
الرابع: حق الارتهان.
الخامس: حق احتباس العين لاستيفاء المستحق عليها. وهو أعم من حق الارتهان، =

❑ تعريف الحقوق الشخصية:

عرفه الزرقاء رحمه الله: «مطلب يقره الشرع لشخص على آخر.

وهذا الحق يكون متعلقه: تارة قيامًا بفعل ذي قيمة لمصلحة صاحب الحق.

وتارة امتناعًا عن فعل مناف لمصلحته.

وذلك كحق كل من المتبايعين على الآخر، فإن أحدهما يستحق على الآخر أداء الثمن، والآخر يستحق تسليم المبيع، وكل من هذين الحقين فعل، وكذا حق المودع على الوديع في أن لا يستعمل الوديعة، وهذا امتناع عن فعل»(١).

وقيل في تعريف الحق الشخصي: هي الالتزامات التي تقوم بين الأفراد، وهي عبارة عن الحقوق التي تقوم بين شخصين معينين أو أكثر، ومحلها قيام المدين بعمل إيجابي أو سلبي مطلوب منه، مثل إقامة بناء، أو نقل بضاعة أو امتناع عن إقامة حائط أو رفعه.

وبهذا تتميز الحقوق العينية عن الحقوق الشخصية كل التميز:

فالحق العيني: سلطة لشخص على شيء.

فمحل الحق العيني بجميع أنواعه: سلطة تنصب مباشرة على عين معينة

= كحبس الملتقط اللقطة عن مالكها حتى يستوفي ما أنفقه عليها، وحبس الوكيل بالشراء المال المشترى عن الموكل حتى يدفع إليه الثمن، واحتباس البائع المبيع عن المشتري إلى أن يؤدي إليه الثمن، ومثله الأجير المشترك إذا كان لعمله أثر في العين في خياطة وصبغ، ففي هذه المسائل وأمثالها قد أقر الفقهاء حق الاحتباس، واعتبروه متعلقًا بمالية العين، وجعلوا لصاحبه امتيازًا على ما سواه كما في الرهن.

السادس: حق الوقفية.

السابع: حقوق القرار على الوقف. انظر المدخل إلى نظرية الالتزام العامة (ص٤٣).

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام (ص٢٦ - ٢٧).

بالذات دون حاجة إلى توسط شخص آخر، في حين أن الحق الشخصي ليس سلطة وإنما رابطة والتزام قائم بين طرفين.

ومحل الحق العيني مال معين مادي، ومحل الحق الشخصي فعل خارجي[١].

❑ تعريف الحقوق المعنوية:

عرف الشيخ علي الخفيف هذه الحقوق، فقال:

«سلطة على شيء غير مادي، هو ثمرة فكر صاحب الحق أو خياله أو نشاطه، كحق المؤلف فيما ابتدعه من أفكار علمية، وحق الفنان في مبتكراته الفنية، وحق المخترع في مخترعاته الصناعية، وهكذا»[٢].

وقد اتفق القانونيون على اعتبار الحقوق المعنوية من الحقوق المالية، ولكنهم مختلفون، هل تعتبر هذه الحقوق من الحقوق المالية العينية، أم أنها حقوق مالية مستقلة بالإضافة إلى الحقوق العينية والشخصية؟

فذهب بعض القانونيين إلى أن الحقوق المالية تنقسم إلى حقوق عينية، وحقوق شخصية، وحقوق معنوية.

❑ وجه كون الحقوق المعنوية قسمًا ثالثًا:

أن الحق العيني سلطة يعطيها القانون لشخص معين على شيء مادي معين، فالحق العيني بناء على هذا القول يشترط أن يكون محله عينًا مادية قائمة بذاتها، بخلاف الحقوق المعنوية فإن محلها شيء غير مادي.

---

(١) انظر الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (١/ ١١٥) و (٨/ ١٨٢)، الملكية - علي الخفيف (ص٨).

(٢) الملكية - علي الخفيف (ص١٢).

وذهب قانونيون آخرون إلى أن الحق المعنوي حق من الحقوق العينية، وأن الشيء الذي تنصب عليه السلطة في الحق العيني أعم من أن يكون ماديًا أو معنويًا[(١)].

وإلى هذا ذهب الدكتور فتحي الدريني في كتابه (حق الابتكار في الفقه الإسلامي) معللًا ذلك بأن «الحق العيني في الفقه الإسلامي لا يشترط فيه أن يكون محله عينًا مادية، بل يجوز أن يكون منفعة أو معنى، إذ المنظور في الحق العيني: هو العلاقة المباشرة التي يقرها الشرع بين صاحب الحق ومحله، خلافًا لما استقر عليه الفقه الوضعي من اشتراط كون محل الحق ماديًا حتى يعتبر عينيًا، وبذلك يشمل الحق العيني في الشريعة الحقوق المالية وغير المالية»[(٢)].

والمقصود في هذا العنوان أعني (مالية الحقوق) هي الحقوق المعنوية خاصة، وأما الحقوق العينية فهي إما أعيان لا خلاف في ماليتها، وإما منافع وقد فصلت الخلاف في مالية المنافع، وأما الحقوق الشخصية فقد سبق الكلام عليها عند الكلام على مالية الديون، ولذا أفردت في هذا الفصل كلام أهل العلم في مالية الحقوق المعنوية.

❑ الحق بالمعنى الخاص:

انتهينا من الكلام على الحق بالمعنى العام، وبينا أقسامه، وتعريف كل قسم وقد يستعمل الفقهاء الحق في مقابلة الأعيان والمنافع المملوكة، وعند ذلك لا يريدون به ذلك المعنى العام الذي سبق بيانه، وإنما يريدون تلك المصالح الاعتبارية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشرع وفرضه كحق الشفعة،

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥/ ٣/ ص ٢٤٧٠).

(٢) وانظر نظرية الحق د محمد سامي مذكور (ص٣١، ٣٢).

وحق الخيار... وحق الكفاءة في الزواج، وحق الطلاق، وحق القصاص، وحق الحضانة والولاية وما إلى ذلك[١].

«ويستعمل الحق بالمعنى الخاص أيضًا فيما يثبت للعقار من منافع كحقوق الارتفاق، مثل: حق الشرب، وحق المسيل، وحق المرور وغيرها»[٢].

ويدخل في هذه الحقوق أيضًا الحقوق المعنوية، من ذلك الاسم التجاري والعنوان التجاري، والتأليف والاختراع أو الابتكار، وهي حقوق خاصة لأصحابها أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها.

وبهذا التعريف للحق نجد أن الجمهور يجعلون الحق بمعناه الخاص في مقابلة الأعيان.

والحنفية يجعلون الحق في مقابلة الأموال، ويقولون: إن الحق ليس بمال.

ونستطيع أن نقسم الحق بمعناه الخاص إلى قسمين:

حق غير مالي: وهي حقوق لا تُقَوَّم بالمال، ولا تقبل التعامل بها، أو التنازل عنها، ولا نقلها من شخص لآخر، كحق الولاية، وحق حرية التنقل، وحق الحضانة ونحوها.

وحق مالي: وهي الحقوق التي تُقَوَّم بالمال، وتقبل التنازل عنها، والانتقال من شخص لآخر، كحق المرور وحق المسيل وحق الشرب.

وبهذا نكون قد وقفنا على معرفة الحق بمعناه العام، وبمعناه الخاص، وعن أقسام الحق إلى حق مالي، وحق غير مالي، وأن الحق المالي ينقسم: إلى حقوق عينية، وحقوق شخصية، وحقوق معنوية.

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية (ص٣٢ من الحاشية)

(٢) المدخل إلى فقه المعاملات المالية - محمد عثمان شبير (ص٧٥).

المبحث الثاني
في مالية الحقوق المعنوية (الابتكار)

قال ابن تيمية: حقوق الآدميين تقبل من المعاوضة والبدل ما لا يقبلها حقوق الله تعالى، ولا تمنع المعاوضة في حق الآدمي إلا أن يكون في ذلك ظلم لغيره، أو يكون في ذلك حق لله، أو يكون من حقوق الله[1].

[ن - ١] الحقوق الفكرية[2]، أو الحقوق المعنوية أول من أقرها واعترف بها، ونظمها هو القانون الفرنسي، ثم انتقلت بفعل التأثر إلى القوانين العربية.

فإذا جاء الفقيه المسلم ليناقش هذه الحقوق في ظل هيمنة القوانين العربية

(١) مجموع الفتاوى (٣١/ ٢٣٢).
(٢) أطلق بعض القانونين على الحقوق المعنوية مصطلح (الحقوق الأدبية).
واختار الزرقاء رحمه الله أن يسميها (حقوق الابتكار) وعلل ذلك بأن اسم الحقوق الأدبية ضيق لا يتلاءم مع كثير من أفراد هذا النوع، كالاختصاص بالعلامات الفارقة التجارية، والأدوات الصناعية المبتكرة، وعناوين المحال التجارية مما لا صلة له بالأدب والنتاج الفكري، أما اسم (حق الابتكار) فيشمل الحقوق الأدبية كحق المؤلف في استغلال كتابه، والصحفي في امتياز صحيفته، والفنان في أثره الفني من الفنون الجميلة، كما يشمل الحقوق الصناعية والتجارية مما يسمونه اليوم بالملكية الصناعية كحق مخترع الآلة، ومبتدع العلامة الفارقة التي نالت الثقة، ومبتكر العنوان التجاري الذي أحرز الشهرة... الخ. انظر المدخل إلى نظرية الالتزام (ص٣٢).
ولم يرتض بعض الفقهاء المعاصرين تسمية الحقوق المعنوية بحق الابتكار، قائلًا «بأنه أخص من المطلوب؛ لأن «الابتكار» يوحي بتخصيص هذه الحقوق بما فيه الابتكار والإبداع فقط، في حين أن الحق قد يترتب هنا وإن لم يوجد ابتكار سواء أكان في الأدبيات أم في الأسماء التجارية أم الصناعية أو نحوها، ولذلك نرى إبقاء هذا الاسم، وهو الحقوق المعنوية». انظر بحوث في فقه المعاملات المعاصرة - علي قره داغي (ص٤٠٠).

المتأثرة تأثرًا كاملًا بالقوانين الغربية فإنه إما أن تكون مرجعيته في بحثه مستمدة من الفقه الإسلامي، والذي لن يجد هذا الأمر محسومًا خاصة من خلال الفقه الإسلامي القديم. وإما أن تكون المرجعية في ذلك إلى القوانين العربية المستمدة من القوانين الغربية، وهذه القوانين نشأت في بيئة النظام الرأسمالي، وإطلاق سلطان الإرادة، والحرية الفردية.

فإذا حاول الفقيه تخريج هذا الحق على أحد الحقوق المقررة في الشريعة الإسلامية فإن اجتهاده سيكون من قبيل النازلة الفقهية؛ لأن هذا الحق لم يكن معترفًا به في العصور الإسلامية السابقة، وسيكون على الفقيه أن يقدم الحجة المقنعة في عدم اعتبار هذه الحقوق حقوقًا مالية مع قيام السبب طيلة هذه القرون من عصر الدولة الإسلامية. ولن تكون هذه الحقوق الفكرية مهما قيل عنها بمنزلة الحقوق التي جاء النص الشرعي باعتبارها وذلك كحق الشفعة، وحق الخيار، وحق الطلاق، وحق القصاص، وحق الحضانة والولاية، وحقوق العاقدين وغيرها من الحقوق المالية وغير المالية المنصوص عليها.

فإذا رجع الفقيه المسلم إلى تراثه في تعريف المال ليرى هل هذه الحقوق تدخل في مسمى المال؟ وبالتالي يصح أن تكون هذه الحقوق محلًا للمعاوضة؛ لأن ما ليس بمال لا يجوز بذل المال لتحصيله والمعاوضة عليه، وجدنا هناك خلافًا بين مذهب الحنفية وبين مذهب جمهور الفقهاء في بيان حقيقة المال.

فمذهب الحنفية يرى أن المال لا يقع إلا على شيء مادي يمكن حيازته وادخاره، وهذا الشرط عندهم أخرج منافع الأعيان؛ لأنها أعراض لا يمكن حيازتها وادخارها فالسيارة مال؛ لأنها شيء مادي محسوس يمكن حيازته وادخاره، بينما ركوب السيارة ليس مالًا عند الحنفية؛ لأنه لا يمكن حيازته وادخاره، وقس على ذلك سكنى الدار ونحوها.

فالحنفية يرون أن هذه المنافع ملك، وليست مالًا[١].

وليس هذا هو الخلاف الوحيد بين الحنفية والجمهور في حقيقة المال، ولكن هذا هو الخلاف الذي يعنينا في مسألتنا هذه.

فإذا كانت الحقوق الفكرية كما يقول الشيخ علي الخفيف: «سلطة على شيء غير مادي، هو ثمرة فكر صاحب الحق، أو خياله، أو نشاطه، كحق المؤلف فيما ابتدعه من أفكار علمية، وحق الفنان في مبتكراته الفنية، وحق المخترع في مخترعاته الصناعية، وهكذا».

فإذا كانت الحقوق الفكرية تقع على شيء غير مادي لا يمكن حيازتها وادخارها فإن الخلاف في ماليتها يجب أن يجري عليها كما جرى الخلاف في مالية المنافع بين الفقهاء المتقدمين.

والحق أن مذهب الحنفية مذهب ضعيف جدًا، وغير معمول به في عصرنا، وقد دلت الأدلة الكثيرة على أن المنافع من الأموال، وقد سبق تفصيل ذلك في بحث سابق.

وإذا ثبت أن المنافع من قبيل الأموال، فإن إثبات المالية لها لا بد من توفر شرطين: الإذن بالتملك. وجريان التمول.

قال ابن عبد البر ﷺ: «المعروف من كلام العرب أن كل ما تملك وتمول فهو مال»[٢]. فأشار ابن عبد البر إلى الأمرين معًا: التملك والتمول.

فالشرط الأول لمالية الشيء هو الإذن بالتملك. بمعنى ألا ينهى الشارع عن

---

(١) سبق العزو إلى كتب الحنفية عند الكلام على مالية المنافع في مبحث ماض مستقل.

(٢) التمهيد (٢/ ٥، ٦).

تملكه، فما نهى الشارع عن تملكه، أو كان الشيء بطبيعته لا يقبل الملكية فلا يعتبر مالًا.

فالأول: كالميتة والخمر، والدم، والخنزير، والأصنام. فقد نهى الشارع عن بيعها كما في حديث جابر المتفق عليه[١]، وبالتالي لا تعتبر مالًا بالإجماع.

والثاني: كالهواء، وحق التنقل، وحق إبداء الرأي، فإن هذه الحقوق لا تقبل الملكية فلا تعتبر مالًا.

فإذا نظرنا إلى الحقوق الفكرية فإنه لا يوجد نهي من الشارع ينهى عن تملكها، فالاسم التجاري، والعلامة التجارية وحق المؤلف والمخترع لا يوجد نص من الشارع ينهى عن تملكها، أو عدم إضافتها إلى أصحابها، أو جواز التعدي عليها.

الشرط الثاني لمالية الشيء: هو جريان التمول بين الناس، فلا يكفي كون الشارع لم ينه عن تملك هذه العين أن تكون مالا حتى يجري تمولها بين الناس، ويعتاد الناس ذلك، وتصبح لها قيمة مالية عندهم.

وهذا الشرط متوفر أيضًا في الحقوق الفكرية، فإن الناس في عصرنا اعتادوا تمول مثل هذه الأشياء، وبذل المال فيها، والمعاوضة عليها.

إذا تقرر هذا نستطيع أن نقول: إن حقيقة المال يشمل الحقوق الفكرية باعتبارها من قبيل المنافع.

هذا الاستدلال على الحقوق الفكرية (المعنوية) على سبيل الإجمال، وسوف نتناول هذه الحقوق على سبيل التفصيل في المباحث التالية، أسأل الله وحده عونه وتوفيقه.

---

(١) صحيح البخاري (٢٠٨٢)، ومسلم (٢٩٦٠).

الفرع الأول
مالية العلامة والاسم التجاري

المسألة الأولى
في تعريف الاسم والعلامة التجارية

❑ تعريف الاسم التجاري:

«الاسم التجاري: هو تسمية يستخدمها التاجر علامة تميز منشأته التجارية عن نظائرها، وليعرف المتعاملون معه نوعًا خاصًا من السلع وحسن المعاملة والخدمة».

❑ تعريف العلامة التجارية:

العلامة التجارية: «هي إشارة مادية يضعها التاجر أو المنتج على سلعة ليسهل تمييزها عن السلع الأخرى من ذات الصنف، ويمكن أن تكون اسمًا يتخذ شكلًا معينًا، أو إمضاء، أو كلمة، أو حروفًا، أو أرقامًا، أو رسومًا، أو غير ذلك[(١)]».

❑ الفرق بين الاسم التجاري والعلامة التجارية:

الاسم التجاري يميز المنشأة التجارية ذاتها عن نظائرها (فهو علامة توضع على المصنع أو المنشأة).

وأما العلامة التجارية يستخدم لتمييز البضائع والمنتجات (فهو علامة توضع على البضائع).

---

(١) معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية (ص٣٨٧).

وقد يستخدم التاجر الاسم للمنشأة في تكوين العلامة التجارية التي يضعها على المنتجات وبذلك يقوم الاسم التجاري بوظيفة في تكوين العلامة التجارية(١).

فالعلامة التجارية والاسم التجاري رغم الفارق بينهما إلا أن لهما ارتباطًا وثيقًا بالمحل التجاري كعلامات مميزة له.

[ن- ٢] إذا عرفنا الاسم التجاري والعلامة التجارية، فهل يعتبر هذا الاسم التجاري أو العلامة التجارية مالًا يمكن بيعه، والمعاوضة عليه؟

قبل الجواب عليه ينبغي أن نبين أن هناك طريقتين في بيع الاسم التجاري، أحدهما لا ينبغي أن يكون فيه خلاف في جواز بيعه، واعتباره مالًا حتى على قول من يرى أن المنافع ليست من قبيل الأموال:

فالطريقة الأولى:

أن تتعهد الشركة المنتجة ببيع الخبرة لشركة أخرى، وذلك بأن تقوم بدور التدريب والإرشاد لتصنيع البضاعة، والكشف عن أسرارها ومزاياها حتى تكون منتجات الشركتين بنفس الجودة والإتقان، فهذا العقد في الحقيقة منصب على نقل الخبرة الصناعية، وإنما دخل الاسم التجاري تبعًا، فهذا عقد صحيح لا ينبغي الخلاف عليه؛ لأن نقل الخبرة بالتدريب مقابل ثمن يتفق عليه، لا حرج فيه شرعًا، وإنما ينتقل الاسم التجاري تبعًا لانتقال الخبرة، نظرًا لما هو قائم بينهما من التلازم المستمر.

---

(١) انظر التشريع الصناعي د. محمد حسني عباس (ص١٦٦ وما بعدها) وانظر الحقوق المعنوية. د عجيل جاسم النشمي بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥/ ٣ ص٢٢٧٤).

الطريقة الثانية:

أن يبيع التاجر الاسم التجاري دون أي التزام بتقديم خبرة، أو الكشف عن أسرار الصناعة، وإنما يطلب المشتري الاسم التجاري ليضعه على بضاعته ليحقق رواجًا لسلعته تحت هذا الاسم مقابل مبلغ من المال، فيستفيد المشتري من شهرة الاسم وثقة الناس به(١).

وهذا النوع من البيع هو الذي يمكن أن يجري فيه خلاف حسب قواعد الفقهاء المتقدمين، ويكون بيعه من قبيل بيع الحقوق والمنافع، وإن لم يكن هذا النوع من الحقوق معروفًا في عصر الفقهاء المتقدمين، وإنما انتشر في العصر الحديث، والله أعلم.

❊ ❊ ❊

---

(١) انظر حق الابداع العلمي وحق الاسم التجاري وطبيعتهما، وحكم شرائهما - د. محمد سعيد رمضان البوطي، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي، في دورته الخامسة (٣/ ٢٤١٢).

المسألة الثانية
خلاف العلماء في مالية العلامة والاسم التجاري

ما جاز الانتفاع به جاز شراؤه وبيعه إلا ما خص بالدليل[١].

بذل المال لا يجوز إلا لمنفعة في الدين أو الدنيا، وهذا أصل متفق عليه[٢].

[ن-٣] ما حكم بيع الاسم التجاري إذا لم يصاحبه التزام من البائع بنقل الخبرة أو الكشف عن أسرار الصنعة، وإنما كان البيع للاسم التجاري فقط؟

في هذا خلاف بين أهل العلم يرجع إلى الخلاف القديم في تعريف المال، والاختلاف فيه على قولين:

❑ القول الأول:

لا يعتبر مالًا، ولا يجوز أخذ العوض عليه، ويمكن تخريج هذا القول على مذهب الحنفية القائلين بعدم مالية المنافع[٣].

❑ القول الثاني:

يعتبر مالًا، وهو مقتضى مذهب جماهير العلماء، والذين يعتبرون المنافع من الأموال[٤].

---

(١) الاستذكار (٢/ ١١٥).

(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٤/ ٢٥١).

(٣) سبق لنا بحث (مالية المنافع) وتحرير مذهب الحنفية من خلال أمهات كتب المذهب، فأغنى عن إعادته هنا.

(٤) سبق لنا بحث (مالية المنافع) وتحرير مذهب الجمهور من خلال أمهات كتب المذهب فأغنى عن الإعادة.

وقد ذهب عامة العلماء المعاصرين على اعتبار الاسم التجاري حقًا ماليًا، وذا قيمة مالية، ودلالة تجارية معينة[١]. وبه صدر قرار المجمع الفقهي الإسلامي[٢].

□ تعليل من قال: إن الاسم التجاري لا يعتبر مالًا:

التعليل الأول:

الاسم التجاري من الحقوق المعنوية، والحقوق المعنوية لا تدخل في مسمى المال عند الحنفية كسائر المنافع العرضية، لأن الشيء لا يكون مالًا حتى يمكن حيازته وادخاره، وهذا من خصائص الأعيان، وعليه فالمنافع كسكنى الدار، والحقوق المعنوية ومنها الاسم التجاري لا تعتبر مالًا.

ويجاب من وجهين:

الوجه الأول:

لا نسلم أن المال لا يطلق إلا على ما يمكن حيازته وادخاره، وقد سبق الجواب عن هذا الدليل في معرض الكلام على مالية المنافع فأغنى عن إعادته هنا.

الوجه الثاني:

يرى بعض الباحثين أن الاسم التجاري وإن كان حقًا مجردًا غير ثابت في عين قائمة، ولكنه بعد التسجيل الحكومي الذي يتطلب جهدًا كبيرًا، تحصل له بعد ذلك صفة نظامية تمثلها شهادات مكتوبة بيد حاملها، وفي دفاتر الحكومة، أشبه

---

(١) انظر المعاملات المالية المعاصرة - محمد شبير (ص٧٣).

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٥) بشأن الحقوق المعنوية.

الحق المستقر في العين، والتحق في عرف التجار بالأعيان، ولاشك أن للعرف مجالًا في إدراج بعض الأشياء في الأعيان؛ لأن المالية كما يقول ابن عابدين رحمه الله: تثبت بتمول الناس، وهذا مثل القوة الكهربائية أو الغاز التي لم تكن في الأزمان السالفة تعد من الأموال والأعيان المتقومة ؛ لأنها ليست عينًا قائمة في ذاتها، ولم يكن إحرازها في الوسعة البشرية ولكنها صارت الآن من أعز الأموال المتقومة التي لا شبهة في جواز بيعها وشرائها، وذلك لنفعها البالغ، ولإمكان إحرازها، ولتعارف الناس بماليتها وتقومها[١].

ويقول القره داغي: «فالاسم التجاري وإن كان في ظاهره أمرًا معنويًا، لكنه في حقيقته له واقع ملموس، وقيمة ذاتية مستقلة عن السلع التي تمثلها. . .»[٢].

التعليل الثاني:

أن بيع الاسم التجاري مجردًا من نقل الخبرة يحمل غشًا وتدليسًا للجمهور، وذلك لأن المزايا التي تتمتع بها السلعة الأصلية إنما هي ثمرة جهود أصحابها ونشاطهم الفكري أو الصناعي، فإذا نقل الرمز التجاري من بضاعة إلى أخرى انطوى ذلك على غش وتدليس وخداع للجمهور الذي اشترى البضاعة الجديدة على أنها نفس البضاعة الأصلية.

ويجاب عن ذلك:

بأننا نشترط في بيع الاسم التجاري أن لا يترتب على هذا البيع غرر، فبيع الاسم التجاري يلزم منه بيع مضمونه فيما يدل عليه من جودة وإتقان ومواصفات

---

(١) انظر: بيع الحقوق المجردة - محمد تقي العثماني - بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي - العدد الخامس - الجزء الثالث (ص٢٣٨٤).

(٢) بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة (ص٤٢٧).

للسلع، فإن انفصلت الجودة والإتقان عن ذات الاسم التجاري كان ذلك تدليسًا وغشًا لما يوقعه من توهم الجودة، وهذا البيع لا يجوز، ولكن ما المانع إذا انتقل الاسم التجاري مع ما يدل عليه من جودة بضائعه وثبات صفاته المعهودة لدى المتعاملين معه، فإن تغير صاحب الاسم التجاري لا يغير من الأمر شيئًا، فقد انفصل الاسم بمزاياه وشهرته إلى غير صاحبه الأول، فلا يترتب على هذا تدليس أو تغرير. فلا فرق بين بيع الاسم التجاري وما يستوعبه من سلع وملحقات، أو بيع الاسم التجاري منفردًا مع اشتراط أن ينشئ المشتري مضمونًا جديدًا من السلع لهذا الاسم بذات المواصفات والجودة المعهودة من ذي قبل، فإن لم يمكنه ذلك فيجب على المشتري أن يعلن أن الاسم التجاري لم يعد يمثل ما بداخله، وأن البضاعة قد تغيرت من حيث المواصفات والأنواع، فإن فعل ذلك ارتفع الغرر، ولذلك تجد المشتري للاسم التجاري أحيانًا يبين بلد التصنيع ليرتفع بذلك الغرر(١).

وفي أحيان كثيرة تعلن الشركة التي اشترت الاسم بأنها اشترت حق الترخيص من الشركة المالكة، فيزول اللبس على الجمهور ويعرف المستهلك الفرق بين البضاعة الأصلية، والبضاعة المقلدة.

وقد أشار فضيلة الشيخ محمد تقي العثماني إلى هذا الشرط بقوله:

«يستلزم هذا البيع الالتباس أو الخديعة في حق المستهلكين، وذلك بأن يقع الإعلان من قبل المشتري أن منتج هذه البضاعة غير المنتج السابق، وإنما يستعمل هذا الاسم، أو العلامة بعد شرائهما بنية أنه سيحاول بقدر الإمكان أن يكون إنتاجه بمستوى الإنتاج السابق أو أحسن منه.

---

(١) انظر الحقوق المعنوية. د عجيل جاسم النشمي بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥/ ٣ ص٢٣٤٨).

وأما بغير هذا الإعلان، فإن انتقال الاسم أو العلامة التجارية إلى منتج آخر يسبب اللبس والخديعة للمستهلكين، واللبس والخديعة حرام، لا يجوز بحال، والله ﷻ أعلم»[١].

❑ تعليلات الجمهور على جواز بيع الاسم التجاري:

التعليل الأول:

الاسم التجاري له قيمة مالية معتبرة، لأمور منها:

(أ) الأموال والأوقات والجهود التي بذلت في تحقيق السمعة الطيبة للاسم التجاري، فالتاجر الذي نجح في إيجاد اسم تجاري له سمعة وشهرة قد بذل جهدًا ذهنيًا وأموالًا ووقتًا ليس بالقليل حتى بنى هذا الاسم وأنزله منزلة مقبولة لدى جمهور الناس.

(ب) العائد المالي الذي يحققه هذا الاسم، فلا يستطيع أحد أن ينكر أن الاسم التجاري ذا السمعة الطيبة يعود على صاحبه بالأرباح الطائلة.

وإذا كان الاسم التجاري رديء السمعة يهبط بقيمة السلعة، فإن الاسم التجاري ذا السمعة الجيدة يرفع من قيمة السلعة، ويحقق لها رواجًا وانتشارًا، فدل ذلك على أن له قيمة مالية معتبرة.

(ج) قدرة الاسم التجاري على تمييز البضائع الجيدة من البضائع المقلدة والمزيفة. كل ذلك جعل للاسم التجاري قيمة مالية، وجعل لصاحبه الحق في الانتفاع بهذا الاسم، والتصرف فيه، واستعماله، واستغلاله، ومن ذلك بيعه.

---

(١) بيع الحقوق المجردة، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي (٥/ ٣/ ص٢٣٨٤).

التعليل الثاني:

كل الأدلة التي سقناها في فصل سابق واستدل بها الجمهور على مالية المنافع تساق هنا باعتبار أن الاسم التجاري مشتمل على منفعة، وإذا كان الاسم التجاري له منفعة تعود على صاحبه، وتعود على المجتمع فقد قامت الأدلة على أن المنافع أموال، وأن مالك المنفعة يجوز له أن يتصرف فيها بيعًا واستعمالًا واستغلالًا.

التعليل الثالث:

إذا كانت المنفعة تعتبر أساسًا للقيمة والمالية، ولو كانت ترفيهية يسيرة الشأن، كما في تغريد بلبل أو تصويت ببغاء، فما بالك بمنفعة الاسم التجاري والتي تعود بالأموال الطائلة على صاحبها، كما لو كان يحمل سمعة عالمية طيبة.

❑ الراجح من القولين:

بعد استعراض الأدلة أجد أن الراجح القول بمالية الاسم التجاري، وأن له قيمة معتبرة، وأن لصاحبه الحق في التصرف فيه بيعًا، واستعمالًا، واستغلالًا بشرطه، وهو ألا يتضمن غررًا أو تدليسًا على الجمهور، والله أعلم.

وقد صدر قرار من مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت، هذا نصه:

بعد الاطلاع على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع الحقوق المعنوية واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، قرر:

أولًا: الاسم التجاري والعنوان التجاري والعلامة التجارية والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها أصبح لها في العرف

المعاصر قيمة مالية معتبرة لتولي الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعًا، فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانيًا: يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية، ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش باعتبار أن ذلك أصبح حقًا ماليًا...»[١].



(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي - العدد الخامس - الجزء الثالث (ص٢٥٨١).

الفرع الثاني
في مالية حق المؤلف

هذا قسم من الحقوق المعنوية، وهو حق المؤلف.

وقد قيل في تعريفه: «حق الإنسان في إبداع شيء علمي أو أدبي أو فني، سواء بالجمع والاختيار، أو إحداث شيء لم يسبق إليه، أو إكمال ناقص، أو تصحيح خطأ، أو تفسير وتفصيل، أو تلخيص أو تهذيب، أو ترتيب مختلط»(١).

وهذا الحق نوعان:

الأول: حق أدبي لا يقبل المعاوضة، ولا يدخل في مسمى المال، ويشمل أربعة أمور: حق المؤلف في تقرير نشر مؤلفه، وحقه في نسبة مصنفه إليه، وحقه في دفع الاعتداء على مصنفه، وحقه في سحب مصنفه من التداول وحرقه متى ما رأى أن هناك خطأ علميًا ارتكبه.

النوع الثاني: حق مالي يقبل المعاوضة، وهو حق صاحبه في اختصاصه بالمنفعة المالية التي تمكنه من استعماله واستغلاله وبيعه، وهذا هو مقصود البحث.

[ن- ٤] وقد اختلف الفقهاء في توصيف هذا الحق:

فذهب بعضهم إلى أن حق المؤلف ليس حقًا ماليًا(٢).

---

(١) المعاملات المالية المعاصرة - وهبة زحيلي (ص٥٨٤).

(٢) راجع مجلة المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي، نصف سنوية، العدد الثاني، سنة ١٤٠٨ هـ وانظر كتاب فقه النوازل - بكر أبو زيد (٢/ ١٠١ - ١٨٧).

وذهب آخرون إلى أنه حق مالي[١].

واختلف القائلون بأنه حق مالي: هل هذا يعني أنه من حقوق الملكية، أو من حقوق الاحتكار.

فذهب بعض القانونيين إلى أنه من أقدس حقوق الملكية.

وعلل ذلك:

إذا كانت الملكية تطلق على استحواذ الإنسان على أشياء مادية قد لا تكون من نتاج عقله ولا من صنع يده، فإن إطلاق الملكية على نتاج ذهن الإنسان وتفكيره أولى، فهي تتصل بالصميم من نفسه، وتظهر فيها شخصيته، واعتزازه بها، وحرصه عليها، أكثر من حرصه على ملكية أمور مادية لم يكن من نتاجه، ولا من عمل فكره.

وذهب آخرون إلى أنه ليس من حقوق الملكية، وإن كان له حق في الجزاء المالي على عمله، ولكن هذا الجزاء ليس هو الملكية التي تتنافى طبيعتها مع طبيعة الفكر، بل هو الحق المالي للمؤلف أو المخترع في احتكاره، واستثمار فكره لمدة معقولة.

فالملكية: حق استئثار مؤبد، في حين أن حق المؤلف أو المخترع حق استغلال مؤقت.

والملكية تؤتي ثمارها بالاستحواذ عليها، والاستئثار بها.

أما الفكر فعلى النقيض من ذلك إنما يؤتي ثماره بالانتشار، وليس

(١) ذهب إلى ذلك مجموعة من أهل العلم، على رأسهم المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، وسوف أنقل قراره بإذن الله. وانظر كتاب الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة - السالوس (٢/ ٧٤٨).

بالاستئثار، وبالانتقال من شخص إلى آخر بحيث يمتد إلى أكبر مجموع ممكن من الناس.

وإذا كان صاحب الفكر هو الذي ابتدع نتاج فكره، فالإنسانية شريكة له من وجهين:

وجه تقضي به المصلحة العامة، إذ لا تتقدم الإنسانية إلا بفضل انتشار الفكر.

ووجه آخر يرجع إلى أن صاحب الفكر مدين على نحو ما لأهل العلم قبله، ففكره ليس إلا حلقة في سلسلة تسبقها حلقات، فهو إذا كان قد أعان من جاء بعده، فقد ا ستعان بمن سبقه، ومقتضى ذلك ألا يكون حق المؤلف حقًا مؤبدًا كما هو شأن الملكية المادية[١].

ويظهر ذلك جليًا في البحوث الشرعية، فإن جل مادة هذه البحوث مأخوذة من التراث، من كتاب الله، ومن سنة رسوله ﷺ، ومن أقوال الصحابة وفقهاء هذه الأمة، وهذا التراث ليس ملكًا للباحث حتى يدعي أن ذلك من حقوق الملكية.

لهذا يرى بعض الباحثين أن أقصى مدة لاستغلال الورثة للحق الناشئ عن الإنتاج الفكري هي ستون عامًا من تاريخ وفاة مورثهم، وذلك قياسًا على أقصى مدة للانتفاع عرفها الفقه، وهي الانتفاع بحق الحكر، وهو حق القرار على الأرض الموقوفة للغرس، أو البناء بطريق الإجازة الطويلة باعتبار أن أصل هذا القياس هو كون الإنتاج الفكري نسبي الابتكار؛ لاعتماده على تراث السلف، وهو حق عام للأمة بمثابة الموقوف على جهة عامة[٢].

---

(١) انظر الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - السنهوري (٨/ ٢٧٧ - ٢٨١)

(٢) انظر حق المؤلف. د نواف كنعان (ص٢٧)، وانظر دراسة شرعية لأهم العقود المستحدثة - محمد مصطفى الشنقيطي (٢/ ٧٤٢)، حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، فتحي الدريني (ص١٢١).

وهذا الكلام يمكن تعقبه، بأن يقال:

إن قولكم: (الملكية تؤتي ثمارها بالاستحواذ عليها، والاستئثار بها، وأما الفكر فلا يؤتي ثماره إلا بالانتشار، وليس بالاستئثار).

فيقال: إن الاستئثار المقصود في الملك في الفقه الإسلامي ليس معناه احتواء الشيء من قبل المالك، وإنما معناه أن يختص به دون غيره، فلا يعترض عليه أحد في التصرف فيه، والتصرف في الأشياء حسب طبيعتها، لذلك تختلف طبيعة التصرف في الشريعة من نوع إلى آخر[1].

وأما قولكم بأن حق المؤلف ليس حقًا مؤبدًا، والملكية تعني الاستئثار المؤبد.

فيقال: «الشريعة أيضًا لا تشترط التأبيد لتحقق معنى الملك، بل إن طبيعة ملك المنفعة مثلًا تقتضي أن يكون مؤقتًا، كما في ملك منفعة العين المستأجرة، وملك منفعة العين الموصى بمنفعتها دون رقبتها، فإذا كان لا بد أن يتأقت الحق المعنوي بمدة معينة بحجة أن صاحب الحق المعنوي قد استفاد من جهد غيره، فهو ليس جهدًا خالصًا له، كما أن جهده ضروري لتقدم البشرية ورقيها، ومقتضى ذلك ألا يكون حقه حقًا مؤبدًا، فإن هذا التوقيت لا يخرجه عن الملك في الشريعة»[2].

❁ ❁ ❁

---

(١) الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية. د. عبد السلام العبادي، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي - العدد الخامس - الجزء الثالث (ص٢٤٧٣).

(٢) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

☐ دليل القائلين بأن حق المؤلف ليس حقًا ماليًا:

الدليل الأول:

أن حق المؤلف حق معنوي، وليس عينًا، ولا يجوز الاعتياض عن الحقوق المعنوية المجردة.

ويجاب:

بأن دعوى أن الحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها بمال ليس محل إجماع، وإن سلم هذا فلا يسلم أن حق المؤلف من الحقوق المجردة كحق الشفعة وحق الخيار، وحق إبداء الرأي وحق الشورى وحق التنقل، وحق التعاقد بالعقود المشروعة، وغيرها من الحقوق المجردة التي لا تقوم بمحل، ولا تتقرر في ذات، وإنما ثبتت لدفع الضرر، بخلاف حق المؤلف الذي ثبت أصالة لصاحبه، وليس فقط لدفع الضرر عنه، وكان استحقاقه قائمًا على بذل جهد فكري، ووقت زمني، وما كان كذلك جاز أخذ العوض عليه.

الدليل الثاني:

أن حق المؤلف حق معنوي، والمالية لا تثبت إلا لما يمكن حيازته وادخاره.

ويجاب:

بأن حصر المال فيما يمكن حيازته وادخاره ليس مسلمًا، بل المال كل ما له قيمة شرعية، وأمكن الانتفاع به انتفاعًا مباحًا، وقد قدمنا في فصل سابق الأدلة على أن المنافع من الأموال، وأن الأموال ليست محصورة في الأعيان فقط.

الدليل الثالث:

أن التأليف كان موجودًا في عصور الإسلام المختلفة، ولم يطالب المصنفون

لهذه الكتب بحقوق مالية، ولو كانت مالًا لوجد من يطالب بها، فدل على أنها ليست مالًا، ولم يعرف هذا الحق في الشرع، وإنما مصدر هذا الحق هو القانون، وهناك فارق كبير بين أن يقر بهذا الحق الشرع، وبين أن يقر به القانون الوضعي، والذي نشأ في بيئة النظام الرأسمالي، والذي لا يدخل في حسابه أن أحدًا يبذل جهده في التأليف لا يبتغي إلا وجه الله والدار الآخرة.

ويجاب عن ذلك:

لا نسلم أن مصدر هذا الحق هو القانون، وأن الشرع لم يتعرض له، فهناك نصوص شرعية كثيرة تدل على أن أخذ الأجر على التأليف سائغ شرعًا، كالإذن بأخذ الأجر على الرقية، وجعل التعليم مهرًا في النكاح، وأخذ الأجر على التحديث، وقد أوردناها في أدلة القائلين بالجواز فانظرها هناك، وعلى التسليم بأن مصدر هذا الحق هو القانون، فإن هذا لا يعني أن هذا الحق لا تقره قواعد الشرع.

وأما كون هذا الحق لم يقم في المجتمع الإسلامي رغم نشاط حركة التأليف في القديم فله أسباب كثيرة جدًا، ذكرها بعض المحققين في هذا الشأن، منها:

السبب الأول:

قد بينا في فصل سابق أن التمول مرده إلى العادة والعرف، فإذا اعتاد الناس تمول شيء صار مالًا، وإذا ترك الناس تمول بعض الأعيان فقدت ماليتها.

قال ابن عابدين: «والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم»(١).

وقال في المبسوط «وإنما تنبني المالية على التمول»(٢).

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠١).

(٢) المبسوط (٥/ ٤٠).

ومن أبرز الأمثلة على ذلك دود القز، فقد مر عهد طويل في بعض البلاد، والناس لا يرون لدود القز أي جدوى، إذ لم يكونوا يقبلون عليه بأي محاولة استفادة، إما لجهلهم بما فيه من المزية المعروفة، وإما لجهلهم بسبل الوصول إلى هذه المزية فيه، ومن ثم فلم يكن التعامل به مشروعًا فلما تبدلت الأحوال وتنبه الناس إلى ما فيه من مزية وتمرسوا بسبل استخراج الحرير منه تغير الحكم، فأصبح التعامل به مشروعًا، بل أصبح مصدرًا من مصادر الثروة والتجارة»[١].

وإذا ثبت أن التمول مرده إلى العادة والعرف، فلقد أصبح العرف في هذا الزمن في بلاد الناس كافة تعتبر حق المؤلف حقًا ماليًا، لا يجوز الاعتداء عليه.

السبب الثاني:

أن الكتاب مهما عظمت فائدته المعنوية، ومهما كان محل رغبة عالية من جماهير الناس، فإن القيمة المالية التي يمكن أن تقدر تلك الفائدة بها تذوب وتختفي إزاء قيمة الجهد الكبير الذي كان الناس يبذلونه في سبيل رصد هذه الفائدة وتسجيلها، بحيث تبدو قيمة النسخ مساوية أو أغلى من قيمة المضمون العلمي أو الفكري للكتاب...

ولهذه المسائل نظائر معروفة في حياتنا اليوم، وهو أننا كثيرًا ما نتأكد من وجود معادن ثمينة داخل بقعة من الأرض التي في حوزتنا، غير أن السعي إلى استخراج هذه المعادن وتصفيتها يتطلب من الجهد والتكاليف ما قد يربو ثمنه على قيمة تلك المعادن ووجوه الاستفادة منها.. ولا ريب أن قيمة تلك المعادن تضمحل وتذوب إزاء الجهود والصعوبات التي تقف في طريق استخراجها،

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي – العدد الخامس – الجزء الثالث (ص٢٤٠٢).

وعندئذٍ يصح أن يقال: إن هذه المعادن لا تنطوي حكمًا على أي قيمة مالية حية... فكذلك الشأن في الكتاب في الزمن الماضي.

أما اليوم وقد ظهرت الآلات الطابعة التي تقذف الواحدة منها عشرات النسخ من الكتاب في الدقيقة الواحدة فلم يعد يكلف إخراج النسخة الواحدة إلا مبلغًا زهيدًا من المال، هو في مجموعه قيمة الورق ونفقات الآلة... وأمام ضمور كلفة استخراج النسخة الواحدة تبرز قيمة المضمون العلمي له، تلك القيمة التي ظلت خفية أو ضامرة بسبب ضخامة القيمة التي كان يستحقها استخراج النسخة الواحدة منه[(١)].

الدليل الرابع:

إذا كان العلم من فروض الكفاية، وكان قربة وطاعة فكيف يجوز أخذ العوض على ما هو واجب، ويراد به وجه الله والدار الآخرة.

وقد قال تعالى: ﴿مَن كَانَ يُرِيدُ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا نُوَفِّ إِلَيْهِمْ أَعْمَٰلَهُمْ فِيهَا وَهُمْ فِيهَا لَا يُبْخَسُونَ ﴿١٥﴾ أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ لَيْسَ لَهُمْ فِي ٱلْآخِرَةِ إِلَّا ٱلنَّارُ وَحَبِطَ مَا صَنَعُوا۟ فِيهَا وَبَٰطِلٌ مَّا كَانُوا۟ يَعْمَلُونَ﴾ [هود: ١٦].

فالتأليف الشرعي من أفضل القرب التي يتقرب بها العبد إلى ربه، وإذا كان ذلك كذلك فإن أساس العبادة ولبها هو إخلاصها لله، وتنزيهها عن شوائب الشرك بحظوظ النفس. قال تعالى: ﴿قُلِ ٱللَّهَ أَعْبُدُ مُخْلِصًا لَّهُۥ دِينِى﴾ [الزمر: ١٤].

ويجاب:

هذا الدليل مركب من دليلين، ويجاب عن كل واحد بمفرده،

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي - العدد الخامس - الجزء الثالث (ص٢٤٠٢).

أما القول بأن الواجب لا يجوز أخذ العوض عليه.

فيقال: لا مانع من أخذ المال على ما هو واجب على الإنسان، وذلك لأن التأليف اليوم حرفة ومهنة، فكيف يقوم الإنسان بمعاشه، ومعاش من يعوله إذا لم يكن لما بذله من جهد مضن وشاق ووقت كثير أي مردود مالي، بل إن الجهد البدني أخف بكثير من الجهد الذهني، فقد تأخذ مسألة فقهية من طالب علم أيامًا كثيرة، وهو يصرف الجهد والوقت في البحث عنها ليقدمها للقراء، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الإمامة العظمى، وهي من أعظم فروض الكفاية في الأمة، إذا اختير شخص ليكون إمامًا للأمة وخليفة لها أجرى له بيت المال رزقًا على عمله، يعول نفسه وولده، وهذا إمام الصلاة والمؤذن والقاضي، ومعلم القرآن والحديث والفقه يجري لهم أرزاق من بيت المال، فالمؤلف مثلهم، فإذا لم يجر له هذا المال من بيت مال المسلمين فما المانع أن يأخذ هذا الحق من منفعة كتبه مستغنيًا بذلك عن هبات الحكام وعطاياهم، والتي ربما قد تكون ثمنًا لدينه، وقد تحمله على أن يتقاعس عن القيام بواجبه.

وأما الجواب عن أخذ العوض الدنيوي عما يراد به الدار الآخرة، فلا حرج فيه شرعًا، وإنما الحرج لو كان الباعث على التأليف هو الدنيا وحدها، وأما إذا كان الباعث هو الرغبة في الأجر، أو كان الباعث أمرًا مشتركًا (الدين والدنيا) فلا يقدح هذا في إخلاص المرء ودينه.

كما قدمنا في قول الرسول ﷺ: «**من قتل قتيلًا فله سلبه**»(١).

وقوله ﷺ: «**إن أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله**»(٢).

(١) البخاري (٣١٤٢)، ومسلم (١٧٥١).

(٢) البخاري (٥٢٩٦).

وأذن الرسول ﷺ في أخذ الأجرة من الرقية، وهي عبادة.

وهذا الجهاد من حقوق الله تعالى، وهو من أعظم القربات، ومع ذلك فقد جعل للمجاهدين حقًا في أربعة أخماس الغنائم، وقد اعتبرت هذه الغنيمة معونة من الله ﷻ للمجاهدين، ومكافأة لهم لتمكينهم من الاستمرار في الجهاد، وعدم الانقطاع عنه، وإهمال حقوق المؤلف أدعى لترك التأليف لعدم تمحض حق الله تعالى في التأليف كتمحضه في الجهاد في سبيل الله والأدلة في هذا كثيرة، وقد سبق ذكر مزيد منها عند الكلام على مالية المنافع.

الدليل الخامس:

أن في هذا السلوك كتمانًا للعلم، وقد توعد الشارع على من يكتم العلم.

ويجاب عن هذا:

بأن هناك فرقًا بين كتم العلم عن الناس، وبين بذله لهم بعوض مالي، والوعيد إنما هو في كتمه وحبسه عنهم.

الدليل السادس:

أن من باع كتابًا إلى آخر فقد ملك المشتري ذلك الكتاب، ومقتضى الملك أن يتصرف فيه كيف يشاء، فيجوز له أن يقوم بطباعته، وليس للبائع أن يحجر عليه أي نوع من أنواع التصرف من استعماله وبيعه واستغلاله[١].

والجواب على ذلك:

بأن يقال: هناك فرق واضح بين تمليك الانتفاع وبين ملك المنفعة.

فتمليك الانتفاع: حق شخصي يباشره صاحبه بنفسه فقط، وليس له أن يمكن

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي - العدد الخامس - الجزء الثالث (ص٢٣٨٧).

غيره من تلك المنفعة، فالنكاح مثلًا من باب تمليك الانتفاع لا تمليك المنفعة، إذ ليس له أن يمكن غيره من تلك المنفعة.

ومثله حق الجلوس في الطرقات والمساجد وإجراء الماء في أرض غيره إن احتاج إليه دون الإضرار به.

وتمليك المنفعة أعم وأشمل، فهو يعطي صاحبه حق التصرف في المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم ضمن حدود العقد الذي ملك به المنفعة، فيحق له تمليك المنفعة التي ملكها لغيره بأجرة أو هبة أو عارية، ولا يقيد في تصرفه إلا بشيء واحد، وهو المماثلة لما ملكه من المنفعة في وجه الانتفاع.

فمن اشترى كتابًا فهو قد ملك الانتفاع بهذا الكتاب فقط (الوعاء المادي أصالة، وما قد تضمنه تبعًا) ولم يملك منفعته (مادة الكتاب)، ولهذا لو تلف الكتاب الذي اشتراه ليس له الحق في نسخة أخرى؛ لأن حقه تعلق في هذا الغلاف بعينه، وبه يتبين أن عقد الشراء لم يقع في الأصل على جوهر الحق الذي هو ملك للمؤلف، وإنما وقع العقد على نسخة من الكتاب ينتفع بها قراءة، وهبة، ولم ينتزع حق تلك الأفكار من مبدعها الذي لا تزال تنسب إليه شرعًا، ولم يجعل المشتري من نفسه بدلًا من المؤلف أو المبتكر، فليس للمشتري الحق في غير النسخة التي اشتراها، وليس له أن ينسخ عليها نسخًا أخرى، وهذا واضح بين.

❑ دليل من قال: إن حق المؤلف حق مالي.

الدليل الأول:

(ح-٧) ما رواه مسلم من طريق العلاء، عن أبيه، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة: إلا من

صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له[١].

وجه الاستدلال:

أثبت الحديث أن العلم من عمل الإنسان، لقوله (انقطع عمله) وعمل الإنسان له قيمة مالية، كما أثبت الحديث المنفعة للعلم بقوله (أو علم ينتفع به) وهو إثبات لقيمته المالية أيضًا، وقد ذكر الحديث أن منفعة العلم كما تكون في حياة صاحبه، تكون بعد وفاته.

(ح-٨) وروى مسلم أيضًا من طريق أبي معاوية، عن عاصم، عن عبد الله ابن الحارث، وعن أبي عثمان النهدي، عن زيد بن أرقم، قال: لا أقول لكم إلا كما كان رسول الله ﷺ يقول، كان يقول: **اللهم إني أعوذ بك من العجز، والكسل، والجبن، والبخل، والهرم، وعذاب القبر، اللهم آت نفسي تقواها، وزكها أنت خير من زكاها، أنت وليها ومولاها، اللهم إني أعوذ بك من علم لا ينفع. . .** الحديث[٢].

فتعوذ الرسول ﷺ من العلم الذي لا ينفع، وإذا ثبتت المنفعة للعلم، وهو أمر لا يمكن أن يكابر فيه أحد، فقد ذكرت في مسألة سابقة الأدلة على أن المنافع أموال معتبرة شرعًا، وأن المقصود من الأعيان إنما هي منافعها، وأن العين إذا فقدت منفعتها فقدت ماليتها، وبقدر ما تزداد المنفعة تزداد القيمة، وكل هذا دليل على أن حق المؤلف منفعة مالية.

الدليل الثاني:

القول بجواز الاعتياض عن حق المؤلف لا يعارض نصًا، ولا إجماعًا، ولا

---

(١) مسلم (١٦٣١).

(٢) مسلم (٢٧٢٢).

قياسًا صحيحًا، ولا قول صحابي فيما أعلم، ولا قاعدة شرعية، بل إن ذلك موافق لقواعد الشريعة، وجريان العمل في العصر الحاضر دون أن ينكر ذلك أحد من العلماء المعاصرين.

وقد أفتى المجمع الفقهي في رابطة العالم الإسلامي بقرار نصه:

«حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعًا، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها»(١).

الدليل الثالث:

الأحكام الشرعية جاءت لتحقيق المصالح ودرء المفاسد، وحفظ حقوق المؤلفين فيه مصلحة كبيرة تعود على العلم، وعلى المجتمع، وعلى المؤلف، وذلك لأن حفظ حقوق المؤلفين فيه تشجيع للمفكرين والعلماء، وسبب في زيادة الإنتاج والبحث العلمي وشحذ الهمم على الإبداع، وإهمال حقوق المؤلفين قد يتسبب في انصراف الناس عن البحث إلى تحصيل المعاش المفروض عليهم تحصيله، وهذا يؤدي إلى فساد عظيم وحرمان الأمة من مصلحة راجحة، وقاعدة سد الذرائع تقتضي اعتبار المالية لهذه الحقوق لما يؤدي إليه إبطالها من مفاسد وخيمة، وتعطيل جزء من المصالح العامة، وهي معتبرة من حقوق الله تعالى، وهي واجبة التحقيق، ولا يمكن إسقاطها، ويلزم حماية هذا الحق، وسد جميع السبل المفضية إلى إبطاله وتضييعه.

الدليل الرابع:

تمكين الناشرين والموزعين من حقوقهم المالية دون المؤلف وإثراؤهم على

---

(١) قرار رقم (٤٣) انظر مجلة المجمع العدد الخامس ج٣ (ص٢٢٦٧).

حساب المؤلف دون أن يكون له نصيب فيما قام به من جهد، وتكلفه من مشقة، ليس من العدل والإنصاف، حيث إن المؤلف قد حبس نفسه ووقف حياته على هذا العمل، وقد لا يكون له مصدر للمعاش سواه.

وقد أنكر الشيخ وهبة الزحيلي على من أنكر هذا الحق، قائلًا وفقه الله: «لا أدري وجود شر أو غبن أو جور أعظم من هذا: أن يستثمر الطابع أو الناشر حق المؤلف، ويربح على حسابه أموالًا طائلة، ويحرم المؤلف المسكين الذي كاد عقله أن يتفجر، وفكره يعيا، وأعصابه تتلف من عناء إنجاز المصنف، والذي كلفه جهودًا طويلة وشاقة، فسهر ليله، وأتعب عينيه، وشغل نهاره كله بالتأليف، ثم يقال له: قدم هذا العمل لغيرك مجانًا!! إن هذا لهو الإفك المبين والخطأ الواضح»[1].

وقد اعترض بعضهم على هذا بقوله:

لا يعتبر مصنف المؤلف الشرعي مغبونًا ومحرومًا إذا اختار ما وعد الله، وما يرجوه منه على دراهم معدودة يأخذها من الناشر، وقد يكون الله أغناه عنها بما أنعم عليه من كفاية.

ويجاب عن هذا:

بأن أخذ العوض لا يعني قطع الأجر، ولا القدح في الإخلاص كما ذكرنا ذلك في الآيات القرآنية، والأحاديث النبوية السابقة، وإنما الذي يقدح لو كان الباعث على التأليف هو الكسب الدنيوي فقط، وأما إذا كان الباعث على العمل الدار الآخر، والكسب الدنيوي لم يكن ذلك قادحًا في النية.

---

(١) المعاملات المالية المعاصرة (ص٥٩٤).

الدليل الخامس:

إذا كانت المنفعة الناشئة عن خدمة بعض الحيوانات مهما كانت بسيطة كتغريد العصافير، وأصوات الببغاوات تعتبر مالًا محترمًا لأصحابها، وكذلك الديدان المعدة للصيد تعتبر مالًا نظرًا لمنفعتها في جعلها طعمًا في الشرك، فأولى ثم أولى أن تكون المنفعة الناشئة عن التأليف مالًا محترمًا يجب صونه لصاحبه، وذلك لوجود البون الشاسع بين المنفعتين.

الدليل السادس:

إذا جاز جعل تعليم القرآن عوضًا تستحل به الأبضاع، كما في قوله ﷺ في الحديث المتفق عليه: **(زوجناكها بما معك من القرآن)** فمن باب أولى أخذ العوض على نشر علومه.

الدليل السابع:

قال ﷺ: «**إن أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله**»(١).

وجه الاستدلال:

إذا جاز العوض في القرآن، ففي السنة من باب أولى، وإذا جاز في الوحيين فما تفرع عنهما من الاستنباط والمفهوم وتقعيد القواعد، وتأصيل الأصول لهو أولى بالجواز.

❑ الراجح من الأقوال:

بعد استعراض الأدلة أجد أن القول الراجح هو من يقول:

إن حق المؤلف حق مالي يجب صونه والدفاع عنه، وهذا الحق من حقوق

(١) البخاري (٥٢٩٦).

الحكرة أكثر من كونه من حقوق الملكية، فيجب أن يستمر هذا الحق مدة معينة، ثم يصبح من حق الأمة، وهذه المدة هي محل اجتهاد، ويترك تقديرها في كل بلد إسلامي لأهل العلم، أو القضاة الشرعيين.

وأما القوانين الوضعية فهي وإن كانت تعتبره حقًا ماليًا، إلا أنها في مدة استغلال هذا الحق مختلفة فيما بينها وأقصى مدة ذهب إليها القانونيون هي خمسون سنة(١).



(١) انظر الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - السنهوري (٨/ ٢٨٣، ٢٨٤)، ويقول السنهوري في (٨/ ٣٩٩): «لم تصل التشريعات التي تحمي حق المؤلف إلى هذا المقدار من المدة إلا تدرجًا، فقد كانت مدة الحماية في أول تشريع صدر في فرنسا لحماية حق المؤلف قانون - ١٣ يناير سنة ١٧٩١ - خمس سنوات بعد وفاة المؤلف، وزادت هذه المدة إلى عشر سنوات في قانون ١٩ يولية، سنة ١٧٩٣، ثم أطيلت إلى عشرين سنة بدكريتو ٥ فبراير سنة ١٨١٠، ثم إلى خمسين سنة بقانون ١٤ يولية ١٨٦٦، ووقفت مدة الحماية عند هذا القدر في جميع القوانين التالية، ومنها قانون ١١ مارس سنة ١٩٥٧، وهو القانون المعمول به الآن في فرنسا لحماية حق المؤلف. . .».
وانظر في حق المؤلف المراجع التالية: حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن - فتحي الدريني - دراسة شرعية لأهم العقود المستحدثة - محمد مصطفى الشنقيطي (٢/ ٧٣٩).

الفرع الثالث
في مالية براءة الاختراع

المسألة الأولى
في تعريف براءة الاختراع

❑ **تعريف براءة الاختراع:**

هو سند، أو وثيقة، أو شهادة بالبراءة تشهد أن المخترع لم يسبق إليه، وأنه بريء من التقليد، أو التزوير، أو الانتحال، وأنه في أمان من الاعتداء على حقه حين أذاعه وأعلنه.

فهو يشبه حق المؤلف إلا أن المؤلف يتعلق بالأعمال الأدبية والفنية، وأما حق براءة الاختراع فيتعلق بالأعمال الصناعية، كابتكار مذياع، أو اكتشاف دواء مرض معين(١).

وتعطي هذه الشهادة صاحبها حق التصرف في الاختراع بجميع الطرق الممكنة والمباحة شرعًا من استغلال أو بيع أو نحوهما.

ويشترط لمنح براءة الاختراع شروط أربعة:

الشرط الأول: أن ينطوي الاختراع على ابتكار.

وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه حماية حق المخترع، فلولا هذا الابتكار الذي ينطوي عليه الاختراع لما استحق الحماية، فحق المخترع إنما هو ثمرة من

---

(١) المعاملات المالية المعاصرة - وهبة الزحيلي (ص٥٨٦).

ثمار فكر الإنسان وابتكاراته، ولا يشترط في الابتكار أن يكون ابتداعًا رائعًا، بل يكفي أي قدر من الابتكار، أيا كانت قيمته.

الشرط الثاني: أن يكون الابتكار جديدًا.

أي ليس تكرارًا لابتكار سابق، لأنه إذا كان الابتكار قد سبق إليه لم تكن البراءة في محلها؛ لأن البراءة تعني الشهادة بأن المخترع لم يسبق إليه، وإن كان القانون يقصد بكون الابتكار جديدًا أن أحدًا لم يسبقه بالتعريف بالمخترع، فلو سبقه أحد بابتكار هذا المخترع، ولم يسجله كان للمتأخر أن يطلب براءة باختراعه باعتبار أنه قد سبق غيره بطلب البراءة.

الشرط الثالث: أن يكون الاختراع قابلًا للاستغلال التجاري.

لأن براءة الاختراع تعطي صاحبه وحده حق استغلاله اقتصاديًا، وهذا هو المقصود الأعظم من براءة الاختراع، وتحميه من أن يعتدي على حقه أحد من الناس.

الشرط الرابع: ألا يكون في الاختراع ما يخالف الشرع، ويعبر عنه القانون بألا يخالف الآداب العامة.

فلا يجوز أن تمنح براءة اختراع لآلة تصنع الخمور مثلًا، ولا لآلة للعب القمار، ولا لغيرها من المحرمات التي قد نص الشرع على تحريمها، وأجمع أهل العلم على أنها من الأمور المحرمة(١).



(١) الوسيط - السنهوري (٨/ ٤٥٠ - ٤٥٤).

المسألة الثانية
خلاف العلماء في مالية براءة الاختراع

[ن - ٥] الخلاف فيه كالخلاف في حق المؤلف، والأدلة هي الأدلة إلا أن الفرق بينهما كما قدمنا أن حق المؤلف يتعلق بالأعمال الأدبية والفنية، وحق براءة الاختراع يتعلق بالأمور الصناعية، والجامع بينهما أن كلا الحقين ثمرة من ثمرات الفكر والابتكار، وما رجحناه هناك نرجحه هنا:

وأن براءة الاختراع حق مالي وملك لصاحبه، له حق حيازته، والاستئثار به.

كما أن له حق أدبي فيه وذلك في نسبة المخترع إليه دون غيره، وحمايته من التقليد والغش والانتحال.

وله حق في استغلال الاختراع، وينتقل هذا الحق إلى ورثة المخترع مدة مؤقتة، يقدرها القضاة الشرعيون في كل بلد، وتحديدها خاضع للاجتهاد.

والقول بعدم مالية براءة الاختراع، وإعطاء غيره ليستغله دون الرجوع إلى صاحبه يفضي إلى انقطاع الناس عن العمل على إنتاج ابتكارات جديدة تخدم المجتمع في كل نواحي الحياة المدنية والعسكرية.

ويجب على الدول الإسلامية أن تعنى بإقامة مراكز للبحوث تشجع على البحث يتم من خلالها الوصول إلى أدوية جديدة لأمراض مستعصية، وكذلك صناعات عسكرية تحمي المسلمين وبلادهم من شر الاعتداء عليهم، وتمكنهم من نشر الدعوة إلى الله، وكل ما يخدم الإنسان في حياته اليومية، وهذا الجانب قد قصر فيه المسلمون كثيرًا، وكان من عواقبه أن كانت أمة محمد في ذيل الأمم، وهي خير أمة أخرجت للناس، فالله المستعان.

وبهذا التقرير نعرف أن الحقوق الفكرية هي حقوق مالية يجب المحافظة عليها، وصونها تشجيعًا للباحث، وخدمة للبحث العلمي، ولن تتطور البحوث ويتوجه الناس لها، وهي حقوق منتهكة، يستفيد منها غير أهلها، كما أن على الإعلام أن ينشر هذه الثقافة بين عامة المواطنين ليكون هناك وعي لدى كافة الناس في أهمية المحافظة على هذه الحقوق الفكرية خدمة للعلم وأهله، وخدمة للمجتمع ليكون مجتمعًا منتجًا لا مستهلكًا، وليكون هناك وازع أخلاقي يردع الناس من الاعتداء على تلك الحقوق، وبلادنا كغيرها من البلاد النامية تعاني نقصًا من التشريعات الضرورية التي تحمي هذه الحقوق، ومن سوء تطبيق تلك القرارات إن وجدت، والتساهل غير المبرر في تطبيقها مع أن خسائرها قد تبلغ مليارات الريالات، فالله المستعان.



المبحث الثالث
في مالية حقوق الارتفاق

الفرع الأول
في تعريف الارتفاق

□ تعريف الارتفاق في الاصطلاح(١):

ذكر الفقهاء حقوق الارتفاق، ولم يصطلحوا على تعريف له، وأول من استعمل مصطلح حقوق الارتفاق، ووضع تعريفًا له هو محمد قدري باشا في كتابه مرشد الحيران، حيث عرفه:

بأنه: حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر لشخص آخر(٢).

---

(١) الارتفاق في اللغة: مصدر ارتفق يرتفق ارتفاقًا، بمعنى: انتفع به، ويقال: ارتفق الرجل: اتكأ على مرفقه، وبات فلان مرتفقًا: أي متكئًا على مرفق يده.
وارتفقت بالشيء: أي انتفعت به. ويقال: هذا الأمر رفيق بك، ورافق بك، ورافق عليك: أي نافع.
ورَفَقَ فلان فلانًا: إذا نفعه، وكذلك: رفق به، ورفَقَه رفْقًا: ضرب مرفقه، كعضده، ورَأْسَه، وصَدْرَه.
ورفق الناقة يرفُقُها رفقًا: شد عضدها بالحبل، قال الأصمعي: وذلك إذا خيف أن تنزع أي تشتاق إلى وطنها....
وبعير مرْفُوق: إذا كان يشتكي مرفقه.
واسم المكان من ارتفق: مرتفق، قال تعالى: ﴿نِعْمَ ٱلثَّوَابُ وَحَسُنَتْ مُرْتَفَقًا﴾ [الكهف: ٣١].
انظر تاج العروس (١٣/ ١٦٧ - ١٧٠).

(٢) انظر مرشد الحيران (مادة: ٣٧).

وقيل: هو «حق الانتفاع العيني الثابت لعقار على عقار آخر بقطع النظر عن شخص المالك»[١].

ويلحظ على هذا التعريف بأنه غير جامع، فحق الشفة يعتبر من حقوق الارتفاق، وهو ليس خاصًا بعقار.

ولذا عرفه بعض الباحثين: بأنه حق متقرر على عقار لمنفعة عقار آخر، مالكهما مختلف، أو لمنفعة شخص بغير إجارة، أو إعارة، أو وقف، أو وصية[٢].

❑ الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي:

أهم فرق بين هذين الحقين: أن حق الارتفاق إنما يكون مقررًا لعقار كحق الشرب الثابت لأرض على مجرى يكون لها مهما تغير مالكها أو المنتفع بها، فينتفع به على أنه للأرض، بصرف النظر عن المالك بخلاف حق الانتفاع الموصى له بمنفعة أرض، فإنه خاص بشخصه، وينتفع به على أنه من حقوقه الشخصية، ولذا لا ينتفع به سواه، وإذا مات انتهى بذلك حقه.

فإذا عرفنا هذا تبين لنا أن حق الارتفاق حق لازم بالنسبة لمالك العقار المرتفق به، فلا يملك أن يبطله بخلاف حق الانتفاع الشخصي فإنه قد يكون غير لازم، كما في المستعير فإن المعير يملك إبطاله[٣].

---

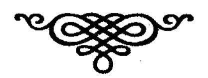
(١) الأموال ونظرية العقد. د محمد موسى (ص١٧١)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي - الدورة الخامسة - العدد الخامس - الجزء الثالث (ص٢٣٢٨).

(٢) انظر حق الارتفاق - سليمان التويجري - بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراة (ص٤١).

(٣) انظر أحكام المعاملات الشرعية - الشيخ علي الخفيف (ص٦٢) والملكية للمؤلف نفسه (ص١٢٠).

يقول الدكتور محمد يوسف موسى: «حق الارتفاق: هو النوع الثالث من أنواع الملك الخاص، وهو حق الانتفاع العيني الثابت لعقار على عقار آخر، بقطع النظر عن شخص المالك، فإن حق سقي أرض من مجرى ماء معين، أو صرف الماء الزائد عن حاجتها في مصرف معروف، أو المرور إليها من طريق هو جزء من أرض أخرى كل هذه الحقوق مرتبة لتلك الأرض على تلك المحال، سواء أكانت مملوكة ملكًا عامًا أم خاصًا، ومن أجل ذلك قلنا: بأن تلك حقوق عينية ما دامت تابعة للعين نفسها، لا لشخص المالك، فهي دائمة وليست مؤقتة بحياة مالك العقار. اهـ»[١].

ويقول الشيخ مصطفى الزرقاء رحمه الله تعالى: «حق الارتفاق في نظر الفقهاء من قبيل ملك المنفعة، وهي منفعة بين عقارين تابعة لهما على الدوام مهما انتقلت ملكيتها، وإن مالك هذه المنفعة هو مالك العقار المنتفع، ومن هنا تتجلى عينية هذا الحق»[٢].



(١) الفقه الإسلامي - د. محمد يوسف موسى (ص٢٦٠، ٢٦١).

(٢) المدخل إلى نظرية الالتزام (ص٤٧)، وانظر المادة (١٢٣٢) من مجلة الأحكام العدلية.

الفرع الثاني
أنواع حقوق الارتفاق

الحقوق التي تكلم عنها الفقهاء والتي وجدت من قبل هي:

□ الأول: حق الشرب وحق الشفة[١]:

وقد عرفه الفقهاء بأنه: النصيب من الماء لسقي الزرع والشجر، أو نوبة الانتفاع بالماء سقيًا للشجر أو الزرع.

وقد شمل التعريف معنيين من الحق:

أحدهما: النصيب المستحق من الماء كما لو كانت القسمة على مقدار معين من الماء، وهو ما نص عليه بقوله: (بأنه النصيب من الماء لسقي الزرع...).

الثاني: زمن الانتفاع به كما لو كانت القسمة بالزمن، وهو ما نص عليه بقوله: (أو نوبة الانتفاع بالماء...).

ويلحق بهذا الحق: حق الشفة، وهو حق شرب الإنسان والدواب والاستعمال المنزلي، وسمي بذلك؛ لأن شرب الإنسان يكون بتناول الشفة لإيصاله إلى الجوف[٢].

---

(١) الشرب، جاء بالكسر، وبالضم، وبالفتح.

فـ(الشِرب) بالكسر، النصيب من الماء، قال تعالى: ﴿هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾ [الشعراء: ١٥٥]، ومنه قوله تعالى: ﴿كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ﴾ [القمر:٢٨].

والشُرب: بالضم، تناول كل مائع، ماء كان أو غيره، قال تعالى: ﴿فَشَٰرِبُونَ شُرْبَ ٱلْهِيمِ ۝٥٥﴾ [الواقعة: ٥٥].

والشَرب بالفتح: مصدر شربت، أشرب، شربًا. انظر لسان العرب (١/ ٤٨٧، ٤٨٨)، مختار الصحاح (ص٣١).

(٢) انظر المبسوط (٢٣/ ١٧١)، تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/ ٢١٤)، المدونة (١٠/ ٢٨٩)، =

❑ الثاني: حق المجرى[١]:

يراد به في الاصطلاح: حق إجراء الماء المستحق من أرض إلى أرض أخرى لسقي ما بها من شجر أو زرع[٢].

وهذا الحق تابع لحق الشرب؛ لأن الشرب وهو النصيب من الماء لسقي الأشجار لا يمكن استيفاؤه إلا إذا كان له مجرى يمر به إلى الأرض المراد سقيها، فيكون حق المجرى: هو أن يكون لعقار حق مرور الماء الصالح لسقي زرعه أو شجره على عقار آخر مالكه غير المالك الأول.

وقد وقع خلاف بين الفقهاء في ثبوت هذا الحق، وليس هذا الفصل مخصصًا لبيان ثبوت هذا الحق من عدمه، فإن هذا له باب آخر، وإنما الكلام في هذا الفصل مخصص لمالية هذا الحق على القول بثبوته، لأن الكلام في تعريف المال، وكونه شاملًا للأعيان والديون والمنافع والحقوق، ومن الحقوق حقوق الارتفاق[٣].

= مغني المحتاج (٢/ ٣٧٥)، الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٤/ ٢٦٤)، أسنى المطالب (٢/ ٢٢٥)، المدخل في الفقه الإسلامي. د. محمد مصطفى شلبي (ص٣٥٦)، والمدخل للفقه الإسلامي. د. محمد سلام مدكور (ص٥١٠)، الملكية - علي الخفيف (ص١٢٥)، أحكام المعاملات الشرعية - علي الخفيف (ص٦٦).

(١) المجرى في اللغة: ظرف مكان على وزن مفعل، صيغ من مصدره، وهو الجري، والجري: مصدر جرى يجري جريًا، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿بِسْمِ اللَّهِ مَجْرَاهَا وَمُرْسَاهَا﴾ [هود: ٤١]. ويقال: جرى الماء: إذا سال. والماء الجاري: المتدفق. انظر مختار الصحاح (ص٥٤٢)، لسان العرب (١٤/ ١٤٠).

(٢) انظر أحكام المعاملات الشرعية - علي الخفيف (ص٧٢)، المدخل في الفقه الإسلامي د. محمد مصطفى شلبي (ص٣٦٠).

(٣) انظر المبسوط (٢٣/ ١٨٦)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٨٤) المدونة (٥/ ١٩٢)، المنتقى للباجي (٦/ ٤٦)، التاج والإكليل (٦/ ١٧)، فتاوى السبكي (١/ ٤٦٠)، نهاية المحتاج =

□ الثالث: حق المسيل[1]:

لم يعن الفقهاء بتعريف حق المسيل، وإن كانوا قد تعرضوا لأحكامه، وقد عرفه بعضهم بأنه:

حق صرف الماء غير الصالح، أو الزائد عن الحاجة في ملك الغير حتى يصل إلى مستودع أو مصرف عام[2].

□ الفرق بين حق المجرى وحق المسيل:

أن المجرى يكون لجلب الماء الصالح للاستعمال، وأما المسيل: فيكون لتصريف المياه غير الصالحة، أو الزائدة عن الحاجة، والتخلص منها.

□ الرابع: حق المرور[3]:

أن يكون لشخص حق المرور في أرض شخص آخر[4].

= (٤/ ٤١٨)، المغني (٥/ ٣٤٢)، قواعد ابن رجب - القاعدة الخامسة والثمانون (ص١٩١)، الإنصاف (٥/ ٢٤٨)،.
وانظر في كتب الفقهاء المعاصرين: أحكام المعاملات الشرعية - علي الخفيف (ص٧٢)، المدخل في الفقه الإسلامي - د. محمد مصطفى شلبي (ص٣٦٠).

(١) المسيل: مجرى السيل، من سال يسيل سيلًا، وسيلانًا، إذا طغى وجرى، ثم غلب المسيل في المجتمع من المطر، والمسيل: مجرى السيل. والجمع: مسايل، ومسل بضمتين، وربما قيل: مسلان، مثل رغيف، ورغفان. انظر لسان العرب (١١/ ٣٥١)، المصباح المنير (١/ ٣٢١).

(٢) انظر مجلة الأحكام العدلية (مادة: ١٤٤)، الموسوعة الكويتية (٣/ ١٣).

(٣) المرور: مصدر مر يمر مرًا، ومرورًا، بمعنى: ذهب. يقال: مر عليه، وبه يمر مرًا: أي اجتاز. والممر: موضع المرور.

(٤) انظر مجلة الأحكام العدلية (مادة: ١٢٢٤، ١٢٢٥)، الموسوعة الكويتية (٣/ ١٣)، المدخل في الفقه الإسلامي، د. محمد شلبي (ص٣٦٢).

□ الخامس: حق التعلي(١):

هو أن يكون لإنسان الحق في أن يعلو بناؤه بناء غيره على وجه الاستقرار والدوام، بقي أو تهدم كل منهما.

ويتحقق ذلك في دار لها سفل وعلو، ويكون مالك السفل غير مالك العلو، ويكون للعلو حق القرار والبقاء على ذلك السفل دون أن يتملك سقفه.

كما يتحقق ذلك في دار مكونة من ثلاث طبقات فأكثر، يبيعها مالكها لثلاثة أشخاص فأكثر، لكل شخص طبقة من طبقاتها، فيكون للأعلى حق التعلي والقرار على من يليه، ولمن يليه حق التعلي والقرار على من يليه، وهكذا إلى أرضها(٢).

□ السادس: حق الجوار(٣):

يراد بالجوار هنا الجوار الجانبي، وهو الناشئ عن الملاصقة بالحدود؛ لأن الجار العلوي داخل في حق التعلي كما سبق(٤).

ويرى أبو زهرة أن حق الجوار لا يدخل في حق الارتفاق؛ لأن حق الارتفاق: تكليف وعبء على عقار لمنفعة عقار آخر، وهو من نوع الشركة في العين التي تعلق بها الارتفاق، فإذا كان لعقار حق الشرب من مجرى يجري في عقار آخر كان بين صاحبي العقارين شركة في حق الشرب.

---

(١) التعلي من العلو، وهو ضد السفل. والعالي نقيض السافل، وقد علا يعلو علوا، وهو عال. قال تعالى: ﴿إِنَّ فِرْعَوْنَ عَلَا فِي ٱلْأَرْضِ﴾ [القصص٤].

(٢) انظر الهداية شرح البداية (٣/ ٤٦)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٢)، المدخل في الفقه الإسلامي - أحمد فرج حسين (ص٣٦٨).

(٣) مصدر: جاور الرجل مجاورة، وجوارًا: إذا ساكنه من باب قاتل، والاسم: الجوار بالضم.

(٤) أحكام المعاملات الشرعية - علي الخفيف (ص٧٩).

أما حقوق الجار فتقوم على منع الضرر بالجار ضررًا بينًا فاحشًا في سبيل انتفاع الشخص بملكه، فهي تقييد لانتفاع الشخص بملكه بقيد أن لا يضر بجاره.

وبعبارة موجزة، أن الفرق بينهما: أن حق الارتفاق: حق إيجابي متعلق بالعقار. وأما حق الجوار فحق سلبي ليس إلا منعًا للضرر(١).



(١) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة (ص١١١).

الفرع الثالث
خلاف العلماء في إحداث حقوق ارتفاق جديدة

[م - ١٤] سبق لنا أن ذكرنا ستة أنواع من حقوق الارتفاق، وهي حق الشرب، وحق المجرى، وحق المسيل، وحق المرور، وحق التعلي، وحق الجوار، ولم يتعارف قديمًا على غير هذه الحقوق، فهل يحق إنشاء حقوق ارتفاق أخرى سوى ما ذكر، في هذا خلاف بين العلماء،

فيرى الحنفية أنه لا يجوز لمالك عقار أن ينشئ على عقاره حقوق ارتفاق أخرى؛ لأن في إنشائها تقييدًا للملكية التامة، والأصل فيها أنها لا تقبل التقييد، وما قيدت بتلك الحقوق إلا استثناء، ولا يتوسع في الاستثناء.

ولأن المنافع والحقوق ليست بأموال عندهم فلا يصح أن تكون محلًا للمعاوضة استقلالًا، أما إذا دخل هذا الحق في العقد تبرعًا، فإن هذا التبرع يعتبر إعارة، وهي لا تفيد التزامًا، فيصح له أن يرجع في إعارته، مع أن حقوق الارتفاق ثابتة دائمة لا يملك معطيها الرجوع فيها.

ويرى بعض العلماء، ومنهم المالكية أن المالك حر فيما ينشئ على عقاره من حقوق لعقار غيره، وأن الحقوق لم تكن محصورة فيما سبق ذكره، فإذا كان لشخص قطعة أرض معدة للبناء بجوار داره، فباعها، واشترط على المشتري أن لا يقيم بناء ملاصقًا لبنائه، أو أن يبني بارتفاع معين لا يتجاوزه، وقبل المشتري، تم العقد، وصح الشرط[1].

---

(١) راجع في هذا (الحق والذمة - الشيخ علي الخفيف ص٦٤) وكتاب المدخل للفقه الإسلامي د. محمد سلام مدكور (ص٥١٠، ٥١١)، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة (ص٤٧).

وهذا يتمشى مع مذهب الحنابلة الذين يجيزون الشروط كلها إلا شرطًا خالف نصًا، أو خالف مقتضى العقد، وقد سبق لنا الكلام على خلاف العلماء في إحداث شروط جديدة، وما هو الأصل في الشروط، والحمد لله، فليرجع إليه من شاء.



الفرع الرابع
اختلاف الفقهاء في مالية حقوق الارتفاق

ليست حقوق الارتفاق على حكم واحد في مذاهب أهل العلم، فقد تجد في المذهب الواحد من يعتبر بعض هذه الحقوق حقًا ماليًا يجوز الاعتياض عنه، بينما يمنع بيع حق آخر لعلة عنده أوجبت التفريق، فالحنفية الذين يمنعون من بيع حقوق الارتفاق بمفردها، ويرون أن المنافع ليست أموالًا يرون جواز بيع حق المرور.

والحنابلة مثلًا يمنعون بيع حق الشرب، كما يرون أن للجار أن يضع خشبة على جدار جاره، وليس له أن يمنعه من ذلك، فضلًا عن أن يطالبه بعوض مالي مقابل ذلك، بينما ذكروا في حق آخر حكمًا مختلفًا، فجاء في الروض المربع: «وإن صالحه على أن يجري على أرضه أو سطحه ماء معلومًا صح لدعاء الحاجة إليه، فإن كان بعوض مع بقاء ملكه فإجارة، وإلا فبيع»[1].

ولما كان ذلك كذلك، وطلبًا لأن يكون البحث دقيقًا رأيت أن أعرض هذه الحقوق حقًا حقًا، وأحرر الخلاف فيها ليقف طالب العلم على حكم كل مسألة بانفرادها، أسأل الله وحده عونه وتوفيقه.

---

(١) حاشية الروض المربع (٥/ ١٤٧).

المسألة الأولى
في بيع حق الشرب

حقوق الآدميين تقبل من المعاوضة والبدل ما لا يقبله حقوق الله تعالى، ولا تمنع المعاوضة في حق الآدمي إلا أن يكون في ذلك ظلم لغيره، أو يكون في ذلك حق لله، أو يكون من حقوق الله[١].

حقوق الأشياء معتبرة بأصولها.

[م - ١٥] اتفق الفقهاء على جواز بيعه تبعًا للأرض، واختلفوا في بيعه منفردًا.

فقيل: لا يجوز بيعه، وبهذا قال جمهور الحنفية[٢]، وأحد الوجهين في مذهب الشافعية[٣]، والمشهور من مذهب الحنابلة[٤].

على خلاف بينهم في وجه المنع:

فالحنفية يرون المانع من بيع حق الشرب كونه من الحقوق، والحقوق لا تحتمل الإفراد بالبيع، ويصح بيعه تبعًا للأرض

---

(١) مجموع الفتاوى (٣١/ ٢٣٢).

(٢) البحر الرائق (٦/ ٨٨)، الدر المختار (٦/ ٤٤٧)، الهداية شرح البداية (٣/ ٤٦)، تبيين الحقائق (٤/ ٥٢)، فتح القدير (٦/ ٤٢٨).

(٣) مغني المحتاج (٢/ ٣٧٥)، أسنى المطالب (٢/ ٤٥٥)، حواشي الشرواني (٦/ ٢٣١)، فتاوى ابن الصلاح (١/ ٣٥٥)، الفتاوى الفقهية الكبرى (٢/ ١٦٤).

(٤) الإنصاف (٥/ ٢٥٠)، الكافي (٢/ ٤٣٨)، المغني (٤/ ٧١)، و (٥/ ٣٣٣)، المحرر (١/ ٣٦٨)، كشاف القناع (٣/ ١٦٠).

يقول الكاساني: «الحقوق لا تحتمل الإفراد بالبيع والشراء»(١).

ويقول أيضًا: «ولو باع الأرض مع الشرب جاز تبعًا للأرض، ويجوز أن يجعل الشيء تبعًا لغيره، وإن كان لا يجعله مقصودًا بنفسه»(٢).

وقال في مجلة الأحكام العدلية: يصح بيع... حق الشرب والمسيل تبعًا للأرض، والماء تبعًا لقنواته»(٣).

وقال سليم في شرح المجلة: «وإذا باع أرضًا مع شرب أرض أخرى جاز، ولكن لا يجوز بيع حق المرور، وحق الشرب، وحق التسييل، ولا هبتها قصدًا؛ لأن الحقوق بانفرادها لا يجوز بيعها...»(٤).

واستدلوا لعدم ماليتها بتعذر إمكانية حيازتها؛ لأن من شرط المال أن يكون قابلًا لحيازته وادخاره كما مر معنا في الخلاف في مالية المنافع.

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٨٩).

(٢) المرجع السابق (٦/ ١٨٩).

(٣) (مادة: ٢١٦).

(٤) شرح المجلة (ص١٠٤). وأفتى بعض المتأخرين من الحنفية أن الحقوق التي لا يجوز بيعها مثل حق التعلي وحق الشرب يجوز الاعتياض عنها بطريق الصلح.

قال الشيخ خالد الأتاسي: «وعلى ما ذكروه من جواز الاعتياض عن الحقوق المجردة بمال ينبغي أن يجوز الاعتياض عن حق التعلي وعن حق الشرب وعن حق المسيل بمال؛ لأن هذه الحقوق لم تثبت لأصحابها لأجل دفع الضرر عنهم، بل ثبتت لهم ابتداء بحق شرعي، فصاحب حق العلو إذا انهدم علوه، قالوا: إن له حق إعادته كما كان جبرًا عن صاحب السفل، فإذا نزل عنه لغيره بمال معلوم ينبغي أن يجوز ذلك على وجه الفراغ والصلح، لا على وجه البيع، كما جاز النزول عن الوظائف ونحوها، لاسيما إذا كان صاحب حق العلو فقيرًا قد عجز عن إعادة علوه، فلو لم يجز ذلك له على الوجه الذي ذكرناه يتضرر، فليتأمل، وليحمد، والله سبحانه أعلم». انظر شرح المجلة (٢/ ١٢١).

وأما المانع عند الحنابلة فلأن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء[١]، وقال ﷺ: **الناس شركاء في ثلاث، الماء والكلأ والنار**[٢]، وليس المانع عندهم كون هذا من قبيل بيع المنافع، فالمنافع يجوز المعاوضة عليها، وهي من أقسام المال، وليس المانع عندهم أيضًا كون هذا البيع من بيع الحقوق، فالحقوق المالية عندهم يجوز بيعها، والمعاضة عليها.

وقد تكلمنا بشيء من التفصيل عن النهي عن بيع فضل الماء، فانظره في باب موانع البيع.

وقيل: يجوز بيعه، وبهذا قال مشايخ بلخ من الحنفية[٣]، وهو مذهب المالكية[٤]، وأحد الوجهين عند الشافعية[٥]، وقول في مذهب الحنابلة[٦].

وجه هذا القول:

تعليل مشايخ بلخ: بأن الشرب حظ من الماء، يضمن بالإتلاف، وله قسط من الثمن، فجاز بيعه.

وتعليل غيرهم: بأن حق الشرب ملك للبائع، ومن ملك شيئًا كان له حق التصرف فيه، ببيع أو هبة أو غيرهما، والأصل أن مال المسلم لا يحل إلا بطيب

---

(١) رواه مسلم (١٥٦٥).
(٢) سنن ابن ماجه (٢٤٧٣)، وإسناده صحيح، انظر تخريجه (ح - ١٣).
(٣) البحر الرائق (٦/ ٨٨)، الدر المختار (٦/ ٤٤٧)، الهداية شرح البداية (٣/ ٤٦)، تبيين الحقائق (٤/ ٥٢)، فتح القدير (٦/ ٤٢٨).
(٤) المدونة (٤/ ٢٨٩)، الاستذكار (٢٢/ ٢٣٠) وما بعدها، التاج والإكليل (٤/ ٥٠٨)، الخرشي (٢/ ١٥٨)، مواهب الجليل (٤/ ٥٠٧).
(٥) مغني المحتاج (٢/ ٣٧٦) روضة الطالبين (٥/ ٣١٢)، أسنى المطالب (٢/ ٤٥٦).
(٦) الكافي (٢/ ٤٣٨)، المغني (٥/ ٣٣٣).

نفس منه، وقد انعقد الإجماع على ذلك، فأشبه ثمرة شجرته، ولبن شاته، ونحو ذلك.

❑ القول الراجح:

أن اختصاص الإنسان بالشرب يعني تقديمه على غيره، ولا يعني أنه ملكه قبل حيازته، فما حازه جاز له بيعه، وما فضل عن حاجته، وكان ذلك قبل حيازته لم يجز له بيعه، ولا منع الناس منه إلا أن يتضرر، وقد بحثت هذه المسألة، ولله الحمد في موانع البيع، فمن أراد الاستزادة من الأدلة فليرجع إلى المسألة في موانع البيع.



المسألة الثانية: في حق المجرى

كل ما تعورف تداوله من أعيان ومنافع وحقوق يعتبر محلًا صالحًا للتعاقد عليه ككل مال متقوم(١).

وهو أصح من قول الحنفية: الحقوق لا تحتمل الإفراد بالبيع(٢).

[م - ١٦] اختلف الفقهاء في المجرى، هل يجب بذله بلا عوض، أو يجوز أخذ المعاوضة عليه.

فذهب الحنفية(٣)، والشافعي في أحد قوليه(٤)، ورواية عن أحمد إلى أنه لا يجوز المعاوضة على المجرى بانفراده(٥).

إلا أن الحنيفة يمنعون المعاوضة عليها؛ لأن الحقوق لا يجوز إفرادها بالبيع، ولأن المنافع وحدها ليست مالًا؛ لأن المال عندهم ما يمكن تموله وادخاره،

يقول الكاساني: «الحقوق لا تحتمل الإفراد بالبيع والشراء»(٦).

---

(١) المدخل (٢/ ٧١٤، ٧١٥) ف ٣٨٨ .

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ١٨٩).

(٣) حاشية ابن عابدين (٨/ ٦٥)، لسان الحاكم (ص٤٠٩)، البحر الرائق (٧/ ٣٠).

(٤) الأم (٧/ ٢٣٠، ٢٣١)، المهذب (١/ ٣٤٢)، مغني المحتاج (٢/ ١٨٧)، روضة الطالبين (٤/ ٢١٢)، حلية العلماء (٥/ ١٥، ١٦).

(٥) يقول ابن تيمية كما في الاختيارات (ص٢٠٠): «... ويجب على الجار تمكين جاره من إجراء ماء على أرضه إذا احتاج إلى ذلك، ولم يكن على صاحب الأرض ضرر في أصح القولين في مذهب أحمد، وحكم به عمر بن الخطاب رضي الله عنه».
وانظر مجموع الفتاوى (٣٠/ ١٦، ١٧)، الجامع للاختيارات الفقهية (٣/ ١١٧٠) موسوعة فقه ابن تيمية (١/ ٥٥٥) في مادة: جوار.

(٦) بدائع الصنائع (٦/ ١٨٩).

بينما الشافعي والرواية الثانية عن أحمد، والتي رجحها ابن تيمية يرون أن المانع من المعاوضة عليها؛ ليس لأنها ليست مالًا، وإنما لأن المرافق يجب بذلها مجانًا إذا لم يكن على صاحبها ضرر في بذلها، وهو أقوى من تعليل الحنفية؛ لأن المنافع على الصحيح تعتبر مالًا يقع عليها البيع كما تقدم في بحث مالية المنافع.

(ث - ١) واستدلوا بما رواه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى المازني، **عن أبيه، أن الضحاك بن خليفة ساق خليجًا له من العريض، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة، فأبى محمد، فقال له الضحاك: لم تمنعني، وهو لك منفعة، تشرب به أولا وآخرًا، ولا يضرك؟ فأبى محمد، فكلم فيه الضحاك عمر ابن الخطاب، فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة، فأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد: لا. فقال عمر: لم تمنع أخاك ما ينفعه، وهو لك نافع، تسقي به أولًا وآخرًا، وهو لا يضرك؟ فقال محمد: لا والله، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمر به، ففعل الضحاك**[١].

وأجيب عنه:

الأول: أنه مرسل، يحيى المازني لم يدرك عمر، والمرسل من قبيل الضعيف، وقد صحح إسناده الحافظ ابن حجر رحمه الله في الفتح[٢].

الثاني: على فرض أنه صحيح، فإنه حكم لعمر موقوف عليه، خالفه فيه صحابي جليل، وهو محمد بن مسلمة، وهو من كبار الصحابة، وممن شهد بدرًا، ولو كان يعلم أن ذلك قضاء الله، وقضاء رسوله ﷺ لم يمتنع عن ذلك،

---

(١) الموطأ (٢/ ٧٤٦).

(٢) فتح الباري (٥/ ١١١).

ولكن ربما رآه أنه على الندب، وإذا وجد الخلاف بين الصحابة في ذلك وجب النظر في ترجيح أحد القولين، كيف والعمومات الشرعية قطعية الدلالة كلها تدل على حرمة مال المسلم إلا بطيب نفس منه.

الثالث: أن الحديث على الندب، وليس على الوجوب، كما قال تعالى في مكاتبة العبد: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]، والأمر بمكاتبة العبد على الندب.

قال ابن عبد البر: «لم يختلف علماء السلف أن ذلك على الندب، لا على الإيجاب - يعني: مكاتبة العبد - فكذلك هنا»(١).

وقال مالك: «لم أسمع أن أحدًا من الأئمة أكره رجلا على أن يكاتب عبدًا»(٢).

وقال الباجي تعليقًا على قول مالك: «يريد أنه لم يكن ذلك في السلف، وما روي عن عمر أنه أمر أنسًا أن يعتق عبده سيرين، فأبى فضربه عمر بالدرة، وقال: كاتبه فقال أنس: لا أكاتبه فتلا عمر ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]، فكاتبه أنس، فليس فيه دليل على اللزوم، والجبر، ولو كان لعمر أن يجبر على ذلك أنسا لحكم بذلك عليه، واستغنى عن أن يضربه بالدرة، ويتلو عليه القرآن بالأمر بذلك، وإنما ضربه بالدِّرة لما ندبه إلى الخير، وإلى ما رآه صلاحًا له في دينه ودنياه، فامتنع من ذلك، فأدبه لامتناعه، وتلا عليه القرآن بالأمر بذلك والندب إليه، وقد أمر محمد بن مسلمة أن يبيح لجاره

---

(١) التمهيد (١٠/ ٢٢٣).

(٢) موطأ مالك (٢/ ٧٨٨).

إمرار النهر على أرضه، وقال: والله ليمرن به ولو على بطنك على وجه التحكم عليه فيما هو صلاح له في دينه ودنياه، وعلم أن محمد بن مسلمة لا يراجعه إذا عزم عليه في ذلك»[١].

القول الثاني:

ذهب الجمهور من المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة في المشهور[٤]، إلى جواز أخذ العوض عليها منفردة.

واشترط الشافعية فيما إذا كان العقد بيعًا معرفة أمرين:

أحدهما: معرفة موضع المجرى.

والثاني: معرفة الطول والعرض، والعمق.

ووافقهم الحنابلة إن كان ذلك بعوض مع بقاء ملك البائع ؛ لأن العقد إجارة لبقاء ملك الرقبة لصاحب الأرض، أما لو كان البيع على موضع المجرى فلا يشترط معرفة العمق حينئذ ؛ لأن من ملك الموضع كان له إلى تخوم الأرض، فلا حاجة لاشتراط معرفة ذلك.

واستدلوا على جواز المعاوضة عليه بأدلة منها:

---

(١) المنتقى (٧/ ٥).

(٢) التمهيد (١٠/ ٢٢٥)، والاستذكار (٢٢/ ٢٢٧)، المنتقى للباجي (٦/ ٤٧)، بداية المجتهد (٢/ ٢٣٦).

(٣) مغني المحتاج (٢/ ١٩١)، روضة الطالبين (٤/ ٢٢٢) المهذب (١/ ٣٤٢)، حلية العلماء (٥/ ١٥، ١٦).

(٤) المبدع (٤/ ٢٩١)، الروض المربع (٢/ ٢٠٦)، الإنصاف (٥/ ٢٤٨)، كشاف القناع (٣/ ٤٠١)، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٤٨).

الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

فمن أخذ مال الغير بدون رضاه فقد أكل ماله بالباطل

الدليل الثاني:

جميع الأدلة التي سقتها على مالية المنافع تصلح دليلًا على مالية هذه الحقوق.

وهذا الاستدلال يصلح الاحتجاج به على الحنفية الذي لا يرون المنفعة مالًا، وليس بحجة على الحنابلة، الذين يرون أن المنفعة مال، ويرون في الوقت نفسه وجوب بذل المرفق إذا احتاج له الجار، ولم يكن في ذلك ضرر على المالك.

الدليل الثالث:

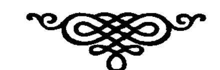
(ح - ٩) ما رواه البخاري من طريق ابن سيرين، عن عبد الرحمن ابن أبي بكرة عن أبيه مرفوعًا، وفيه: **إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا، ليبلغ الشاهد الغائب فإن الشاهد عسى أن يبلغ من هو أوعى له منه.** ورواه مسلم[1].

❑ **وأجيب عن هذا الحديث وأمثاله:**

بأن مال المسلم حرام على وجه التمليك والاستهلاك، وليس المرفق من ذلك؛ لأن النبي ﷺ فرق بينهما في الحكم، فغير جائز أن يجمع بين ما فرق

(١) البخاري (٦٧)، ومسلم (١٦٧٩).

رسول الله ﷺ، فقد أوجب أحدهما كما في غرز الخشبة على جدار الجار، ومنع من الآخر وهو التعدي على ملك الغير بغير حق.



المسألة الثالثة
في المعاوضة على حق المسيل

[م -١٧] اختلف العلماء في المعاوضة على حق المسيل منفردًا:

فقيل: لا يجوز ذلك، سواء كان ذلك على سطح، أو على الأرض، وهذا مذهب الحنفية.

وقيل: يجوز، سوء كان ذلك ببيع، أم بإجارة، وسواء كان المسيل على السطح أم على الأرض، وهو مذهب المالكية(١)، والشافعية(٢)، والحنابلة(٣).

والخلاف فيها بين الحنفية والجمهور راجع للخلاف في مالية المنافع.

فالحنفية يرون أن المنافع لا يجوز إفرادها بالبيع إلا تبعًا للعين، لأنها ليست مالًا ؛ لأن المالية لا تثبت إلا بالتمول، وتمول الشيء يعني إحرازه وادخاره، والمنفعة لا يمكن صيانتها وادخارها.

والجمهور لا يوافقونهم على أن المنافع ليست من الأموال، بل إن المالية تدور على المنفعة، فأينما وجدت المنفعة المباحة مطلقًا وجدت المالية، وإذا فقدت المنفعة فقدت المالية. وسبق لنا تحرير أدلة كل قول، ومناقشتها في مالية المنافع، فارجع إليها إن شئت.

---

(١) الخرشي (٧/ ١٦)، التاج والإكليل (٥/ ٤١٤)، الشرح الكبير (٤/ ١٦)، حاشية الدسوقي (٤/ ١٦).

(٢) روضة الطالبين (٤/ ٢٢١)، مغني المحتاج (٢/ ١٩١)، أسنى المطالب (٢/ ٢٢٦)، حاشية الجمل (٣/ ٣٦٨)، نهاية المحتاج (٤/ ٤١٣).

(٣) كشاف القناع (٣/ ٤٠٢)، المغني (٤/ ٣١٩).

المسألة الرابعة
في بيع حق المرور

[م - ١٨] اختلف العلماء في بيع حق المرور.

فقيل: يجوز، وبه قال جماهير أهل العلم(١)، ورواية في مذهب الحنفية(٢)، وعليها الفتوى(٣).

❑ وجه الفرق عند الحنفية بين حق المرور وبين سائر حقوق الارتفاق:

أن الفرق بين حق المرور وحق المسيل: أن حق المرور متعلق بمحل معلوم، وهو الطريق، وهو معلوم الطول والعرض، فيجوز بيعه، وأما حق التسييل، فإن كان على الأرض، فمجهول لجهالة محله الذي يأخذه الماء؛ لأن مقدار ما يشغله الماء من الأرض مختلف، ويختلف بقلة الماء وكثرته. وهو مجهول، وإن كان على السطح فهو نظير حق التعلي، وحق التعلي ليس متعلقًا بما هو مال، بل بالهواء(٤).

---

(١) جاء في المدونة (٥/ ٤٦٣): «قلت: أرأيت إن اشترى رجل من رجل ممرًا في دار من غير أن يشتري من رقبة البنيان شيئًا، أيجوز هذا أم لا في قول مال؟ قال: ذلك جائز لهما».
وانظر في مذهب الشافعية: حاشية الجمل (٣/ ٢٤)، نهاية الزين (ص٢٢٦)، إعانة الطالبين (٣/ ٢).
وانظر في مذهب الحنابلة، مطالب أولي النهى (٣/ ٣)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٥)، المحرر (١/ ٣٤٣)، كشاف القناع (٣/ ١٤٦).

(٢) جاء في الدر المختار (٥/ ٨٠): « (وصح بيع حق المرور تبعًا) للأرض. (بلا خلاف و) مقصودًا (وحده في رواية) وبه أخذ عامة المشايخ».
وانظر البحر الرائق (٦/ ٨٨، ٨٩)، الجامع الصغير (ص٣٣١)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٨٠).

(٣) حاشية ابن عابدين (٥/ ٨٠).

(٤) انظر الهداية شرح البداية (٣/ ٤٦)، تبيين الحقائق (٤/ ٥٢).

كما أن الفرق بين حق المرور وحق التعلي أن حق المرور حق يتعلق برقبة الأرض، وهي عين مال، فما يتعلق به يكون له حكم العين، وأما حق التعلي فحق يتعلق بالهواء، وهو ليس بعين مال(١).

وقيل: لا يجوز بيع حق المرور، وهو رواية ثانية في مذهب الحنفية(٢).

بناء على أصلهم في أن الحقوق لا تفرد بالبيع، وأن المنافع ليست مالًا. وقد سبق مناقشة هذا الدليل فيما تقدم ذكره في بيع حق الشرب والمجرى والمسيل، فانظره هناك.

والراجح: هو ما ذهب إليه جمهور أهل العلم من جواز بيع المنفعة كممر في دار، سواء كان ذلك على وجه التأبيد ليكون بيعًا، أو كان مؤقتًا كما لو كان العقد عقد إجارة، والله أعلم.



---

(١) انظر فتح القدير (٦/ ٤٣٠).

(٢) البحر الرائق (٦/ ٨٨، ٨٩)، الجامع الصغير (ص٣٣١)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٨٠).

المسألة الخامسة
في بيع حق التعلي

[م - ١٩] اختلف العلماء في بيع حق التعلي.

فقيل: لا يجوز، وهذا مذهب الحنفية[١]، وقول المزني من الشافعية[٢]، واختيار ابن حزم[٣].

وقيل: بل يجوز، وهو مذهب الجمهور[٤]، بشرط أن يبين في العقد كل ما يرفع الجهالة والغرر، بحيث يبين قدر الارتفاع، ومتانته، ومادة البناء، ونحو ذلك.

❑ وجه قول الحنفية:

أن حق التعلي ليس بمال؛ لأن المال ما يمكن إحرازه وقبضه، والهواء لا يمكن إحرازه وقبضه.

---

(١) الهداية شرح البداية (٣/ ٤٦)، تبيين الحقائق (٤/ ٥١)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٢)، فتح القدير (٦/ ٤٣٠).

(٢) مختصر المزني (ص١٠٧)، فتح العزيز (١٠/ ٣٢٥)، الحاوي الكبير (٦/ ٤١١).

(٣) قال ابن حزم في المحلى (مسألة: ١٥٢٢): «ولا يحل بيع الهواء أصلًا كما باع ما على سقفه وجدراته. . .».

(٤) انظر في مذهب المالكية، المدونة (٤/ ٢١٩)، الفواكه الدواني (٢/ ٣١٧)، الشرح الكبير (٣/ ١٤)، التاج والإكليل (٤/ ٢٧٥)، جامع الأمهات (ص٣٣٨)، الخرشي (٥/ ٢١).
وفي مذهب الشافعية: انظر مختصر المزني (ص١٠٧)، الحاوي الكبير (٦/ ٤١١).
وفي مذهب الحنابلة: المحرر (١/ ٣٤٣)، الإنصاف (٥/ ٢٥١)، المبدع (٤/ ٢٩٣)، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٥٤٦)، كشاف القناع (٣/ ٤٠٣).

ويناقش:

بأن البيع ليس لمادة الهواء، وإنما لسطح البناء من أجل الانتفاع به، والبناء عليه، وهو مال، يمكن الانتفاع به، واستغلاله.

❑ وجه قول الجمهور:

أنه بيع عين يجوز الانتفاع به، فجاز إفراده بالبيع، وهو الصواب.



المسألة السادسة: في حق الجوار

[م - ٢٠] اختلف الفقهاء في وضع الجار خشبةً على جدار جاره إذا اضطر إلى ذلك ولم يكن في ذلك ضرر على الجار.

فذهب الحنفية(١)، والمالكية(٢)، والجديد من قول الشافعي(٣)، وقول في مذهب الحنابلة(٤)، إلى أن الجار ليس له أن يضع خشبة على جدار جاره إلا بإذنه، وإن امتنع لم يجبر، وله أن يأخذ عوضًا ماليًا عن استخدام جداره.

وذهب الشافعي في أحد قوليه(٥)، والحنابلة في المشهور عندهم(٦)، وأهل الحديث(٧)، إلى أنه لا يحق للجار أن يمنع جاره من ذلك.

◻ دليل من قال: له أن يأخذ عوضًا ماليًا عن استخدام الجدار:

الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩].

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين (٨/ ٦٥)، لسان الحاكم (ص٤٠٩)، البحر الرائق (٧/ ٣٠).
(٢) البيان والتحصيل (١٧/ ٦٢٨)، الذخيرة (٦/ ١٨٤، ١٨٥)، الاستذكار (٢٢/ ٢٢٤)، المنتقى (٦/ ٤٣)، الموافقات (٥/ ٢٤٧)، الإعلان بأحكام البنيان (١/ ١٨٢).
(٣) المهذب (١/ ٣٤٢)، مغني المحتاج (٢/ ١٨٧)، روضة الطالبين (٤/ ٢١٢)، حلية العلماء (٥/ ١٥، ١٦)، شرح النووي على صحيح مسلم (١١/ ٤٧).
(٤) الفروع (٤/ ٢٨٠)، الهداية لأبي الخطاب (١/ ١٦١)، المحرر (١/ ٣٤٣)، الإنصاف (٥/ ٢٦٢، ٢٦٣)، الشرح الكبير (٣/ ٢٠)،
(٥) المهذب (١/ ٣٤٢)، روضة الطالبين (٤/ ٢١٢).
(٦) الإنصاف (٥/ ٢٦٢، ٢٦٣)، الشرح الكبير (٣/ ٢٠).
(٧) فتح الباري (٥/ ١١٠).

فمن أخذ مال الغير بدون رضاه فقد أكل ماله بالباطل.

الدليل الثاني:

جميع الأدلة التي سقتها على مالية المنافع تصلح دليلًا على مالية هذه الحقوق.

الدليل الثالث:

تحريم مال المسلم إلا بطيب نفس منه.

(ح - ١٠) لما رواه البخاري من طريق ابن سيرين، عن عبد الرحمن ابن أبي بكرة عن أبيه مرفوعًا، وفيه: **إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا، ليبلغ الشاهد الغائب فإن الشاهد عسى أن يبلغ من هو أوعى له منه. ورواه مسلم**[(١)].

وأجيب عن هذا الحديث وأمثاله:

بأن مال المسلم حرام على وجه التمليك والاستهلاك، وليس المرفق من ذلك؛ لأن النبي ﷺ فرق بينهما في الحكم، فغير جائز أن يجمع بين ما فرق رسول الله ﷺ، فقد أوجب أحدهما كما في غرز الخشبة على جدار الجار، ومنع من الآخر وهو التعدي على ملك الغير بغير حق[(٢)].

❑ دليل من قال: لا يحق للجار أن يمنع جاره من ذلك

(ح - ١١) واستدلوا بما رواه البخاري من طريق ابن شهاب، عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: **لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه في**

---

(١) البخاري (٦٧)، ومسلم (١٦٧٩).

(٢) انظر التمهيد (١٠/ ٢٢٥)، والاستذكار (٢٢/ ٢٢٧)..

جداره. ثم يقول أبو هريرة: ما لي أراكم عنها معرضين، والله لأرمين بها بين أكتافكم[١].

❑ جواب الجمهور عن هذا الحديث:

بأن المسألة محمولة على الندب، والنهي في قوله (لا يمنع جار جاره) محمول على الكراهة وليس على التحريم.

قال ابن رشد: «النهي إنما يحمل على التحريم أو الوجوب إذا لم تقترن به قرينة تدل على أن المراد به الكراهية أو الندب، ومن الدليل على أن المراد به كراهة المنع، والندب إلى الإذن: هو أنه إذن في حق الإذن ؛ لأن الحائط ماله وملكه، وقد قال الرسول ﷺ: **«لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس»** وهذا عموم، فلا يخصص منه غرز الخشب في الجدار إلا بيقين في النهي عن المنع ؛ لأن النهي قد يراد به الكراهة وقد يراد به التحريم، ولو كان من حق الجار أن يغرز خشبة في جدار جاره لقال الرسول ﷺ: ليس للجار أن يمنع جاره خشبة يغرزها في جداره، ولما قال: **«لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة على جداره»** إذ ليس من حق الكلام أن يقال للرجل فيما يفعله لغيره: لا تفعله إلا فيما له أن يفعله به، ألا ترى أنك تقول للرجل: لا تضرب عبدك، إذ له أن يضربه، ولا تقل له: ولا تضرب أباك، إذ ليس له أن يضربه...»[٢].

واستدل بعض المالكية بأن الأمر على الندب بقرينة أخرى.

قال: «قول أَبِي هريرة (ما لي أراكم عنها معرضين) دليل بأن العمل كان في ذلك العصر على خلاف ما ذهب إليه أبو هريرة، قال: لأنه لو كان على الوجوب

---

(١) البخاري (٢٢٨٣).

(٢) البيان والتحصيل (١٧/ ٦٢٩).

لما جهل الصحابة تأويله، ولرضوا عن أبي هريرة حين حدثهم به، فلولا أن الحكم قد تقرر عندهم بخلافه لما جاز عليهم جهل هذه الفريضة، فدل على أنهم حملوا الأمر في ذلك على الاستحباب.

وتعقبه ابن حجر، قائلًا: «وما أدري من أين له أن المعرضين كانوا صحابة، وأنهم كانوا عددًا لا يجهل مثلهم الحكم، ولم لا يجوز أن يكون الذي خاطبهم أبو هريرة بذلك كانوا غير فقهاء، بل ذلك هو المتعين، وإلا لو كانوا صحابة أو فقهاء ما واجههم بذلك»(١).

☐ رأي الباحث في المعاوضة على حقوق الارتفاق:

يمكن لنا أن نخرج بقول وسط، فنقول: إن حق الارتفاق حق مالي يجوز الاعتياض عنه بالمال خاصة لمن أراد أن يتملكه بإتلاف أو استهلاك، وأما الانتفاع فهو أخف من التملك ويتجوز فيه ما لا يتجوز في غيره، خاصة إذا كان ينتفع به بلا ضرر، فيمكن لنا أن نقول: إن ما ورد فيه نص بوجوب بذله للجار بلا عوض يجب بذله، وما لم يرد فيه نص فالأولى بذله، لأن الله ذم من يمنع الماعون، بقوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ [الماعون: ٧]، فإن لم يفعل لم يجبر؛ لأن الأصل احترام حق الملكية الخاصة، وعدم الانتفاع بشيء منه بغير إذن مالكه.

وقول الحنفية قول ضعيف؛ لأننا قد قدمنا أن المالية ليس من شرطها الحيازة، ولو سلم لكانت حيازة المنفعة حاصلة بحيازة العين، ولأن المال هو ما تمول عرفًا، وقد اعتاد الناس على تمول مثل ذلك، ولهذه الأشياء قيمة في الشرع فما المانع من اعتبار ماليتها، والمقصود من الأعيان إنما هو منافعها دون أعيانها، والله أعلم.

---

(١) فتح الباري (٥/ ١١١).

الفصل الخامس
في تقسيم الأموال وأثره الفقهي

بعد أن عرفنا المال بأنواعه، من أعيان، ومنافع، وديون، وحقوق، نأتي إلى تقسيم الفقهاء للمال وأثره من الناحية الفقهية، فقد قسم الفقهاء المال إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة، وسوف أشير إلى أهم هذه التقسيمات، فمن ذلك:

تقسم المال إلى مثلي وقيمي.

تقسيم الحنفية المال إلى متقوم وغير متقوم.

تقسيم المال إلى عقار ومنقول.

تقسيم المال إلى عام وخاص.

تقسيم المال إلى أصول وثمار.

تقسيم المال إلى حلال وحرام ومختلط.

تقسيم المال إلى مال ظاهر ومال باطن.

تقسيم المال إلى مالٍ يقبل القسمة ومالٍ لا يقبل القسمة.

تقسيم المال إلى مستهلك ومستعمل.

تقسيم المال إلى مملوك وغير مملوك.

فهذا إحدى عشرة قسمةً مختلفة، ويمكن للباحث أن يحدث تقسيمات أخرى بحسب ما يلحظ من الفروق بين الأموال المختلفة، وسوف نتعرض إلى أهم هذه الأقسام مما لها تعلق في باب المعاملات إن شاء الله تعالى في المباحث التالية:

المبحث الأول
في تقسيم المال إلى مثلي وقيمي

ينقسم المال باعتبار تماثل آحاده أو أجزائه أو عدم تماثلها إلى قسمين:

أ - مثلي.

ب - قيمي.

❑ تعريف المثلي والقيمي في الاصطلاح:

المثلي هو: «كل ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت يعتد به»[(١)].

كالمكيل والموزون، والعدديات المتقاربة مثل الجوز والبيض؛ لأنه وإن وجد تفاوت في الكبر والصغر بين أفراد البيض والجوز وآحادهما، فذلك التفاوت لا يوجب اختلافًا في الثمن، ويباع الكبير منهما بمثل ما يباع به الصغير.

والقيمي: «ما لا يوجد له مثل في السوق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به»[(٢)].

واعتمد هذا التعريف صاحب مجلة الأحكام الشرعية الحنبلي[(٣)].

وذكر الباجي في المنتقى: أن الأعيان نوعان:

نوع تختلف صفاته كالخيل والإبل والبقر والغنم وسائر الحيوان والثياب والعروض، فإن هذا لا يكاد جملة منه تتفق آحادها، فهذا مثال للقيمي.

---

(١) الدر المختار (٦/ ١٨٥).

(٢) المرجع السابق (مادة: ١٤٦).

(٣) انظر المادة: ١٩٣، ١٩٤ .

ونوع لا تختلف صفاته على الوجه الذي ذكرناه كالجوز، والبيض، فهذا تتفق صفات آحاده، كما تتفق قيمه، فهذا هو المثلي(١).

❑ **وأما المصنوعات فقسمها الحنفية إلى قسمين:**

«**النوع الأول:**

التي لا تختلف باختلاف الصنعة كالدراهم والدنانير، فالريالات والجنيهات المصنوعة في زماننا المتداولة بين الناس هي وإن كانت من المصنوعات إلا أنها غير مختلفة باختلاف الصنعة؛ لأنها لم تكن من مصنوعات اليد بل هي تصاغ بقالب ولذلك فالجنيه... الذي هو بمائة قرش مثل للجنيه الآخر بذات القيمة، كما أن الريال ذا العشرين قرشا مثل للريال الآخر ذي العشرين قرشًا. كذلك الجوخ الذي من جنس واحد والأقمشة التي هي من مصنوعات معمل واحد من هذا القبيل...

النوع الثاني:

المصنوعات التي تختلف باختلاف الصنعة، كأباريق النحاس والقدور، والأسورة، ومع أن الفضة هي من المثليات، فكون الأسورة المعمولة منها قيمية هو بسبب الصنعة؛ لأن الصانع يصنع الأسورة بصور مختلفة، ولذلك فالأسورة المصنوعة من عشرين درهما فضة أو ذهبا ليست مثلا للأسورة الأخرى المعمولة عن عشرين درهما فضة أو ذهبا»(٢).

وسوف يأتي إن شاء الله تعالى بحث خاص مقارن عن الكلام عن المثلي والقيمي، عند الكلام على أحكام المبيع، بلغنا الله ذلك بحوله وقوته.

---

(١) انظر المنتقى للباجي (٥/ ١٠٩، ١١٠).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣/ ١٠٦) مادة: ١١١٩ .

فرع
الأثر الفقهي في تقسيم المال إلى مثلي وقيمي

يترتب على تقسيم المال إلى مثلي وقيمي أمور منها:

□ الأول: في باب الضمان

[م - ٢١] إذا تلف الشيء في يد من عليه ضمانه.

فقيل: عليه رد مثله إن كان مثليًا، أو قيمته إن كان متقومًا. وهذا مذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.

وقيل: يجب رد المثل مطلقًا، اختاره العنبري من الحنابلة.

وقال ابن حزم: يجب رد المثل مطلقًا، فإن عدم المثل فالمضمون مخير بين أن يمهله حتى يوجد المثل، وبين أن يأخذ القيمة.

وقيل: يضمن المثلي وغيره مطلقًا بالقيمة، اختاره بعض الفقهاء.

وسوف يأتي إن شاء الله تعالى العزو إلى هذه المذاهب مع أدلتها، وبيان الراجح في باب تلف المبيع، وكيفية الضمان في المجلد الثالث من هذه المجموعة.

□ الثاني: في استقراض المال

[م - ٢٢] إذا كان المال مثليًا صح أن يكون دينًا في الذمة بالاتفاق، لأنه ينضبط بالصفة، كما جاء في الحديث: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»، على خلاف بين العلماء في بعض الأموال هل هي مثلية أو غير مثلية كالخلاف في الحيوان؟

وأما المال القيمي، فهل يثبت دينًا في الذمة؟

اختلف العلماء في هذه المسألة.

فقيل: المال القيمي لا يثبت دينًا في الذمة، وهو مذهب الجمهور، وأصح القولين في مذهب الشافعية.

وقيل: يجوز قرض كل شيء إلا الجواري، وهو قول في مذهب المالكية.

وقيل: يجوز قرض غير المثلي، ويرد بدلا منه قيمته، وهو قول في مذهب الشافعية، ووجه في مذهب الحنابلة، وهو الراجح.

وقد ذكرت أدلة هذه المسألة مع العزو إلى كتب المذاهب، ولله ا لحمد في باب أحكام المعقود عليه.

❑ الثالث: من الفروق المترتبة على تقسيم المال إلى مثلي وقيمي

[م - ٢٣] المال المشترك إذا كان مثليًا كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب تدخله قسمة الإجبار: أي يجبر الشريك على القسمة، ويتولاها القاضي.

قال المرداوي في الإنصاف: «إذا طلب أحدهما قسمه وأبى الآخر أجبر عليه بلا نزاع»(١).

وأما المال القيمي، فإن كان مما يمكن قسمه بلا ضرر، ولا يحتاج إلى رد عوض، كالأرض الواسعة، والقرى والبساتين والدور الكبار والدكاكين الواسعة فإنه يقسم قسمة إجبار كالمال المثلي.

---

(١) الإنصاف (١١/ ٣٤٥)، وقال في الفتاوى الصغرى كما في البحر الرائق (٨/ ١٦٨) «القسمة ثلاثة أنواع: قسمة لا يجبر الآبي عليها، كقسمة الأجناس المختلفة، وقسمة يجبر الآبي عليها، كقسمة ذوات الأمثال كالمكيل والموزون، وقسمة يجبر الآبي في غير المثليات كالثياب من نوع واحد، والبقر والغنم». وانظر حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٥٥).

وإن كان مما لا يمكن قسمه، إلا بضرر كنقص القيمة، أو برد عوض من أحدهما على الآخر لم يجبر أحدهما على القسمة.

وسوف يأتي مزيد بحث لهذه المسألة إن شاء الله تعالى في بابها، وإنما أردت هنا الإشارة إلى الآثار المترتبة على تقسيم المال إلى مثلي وقيمي، ولم أقصد تحرير قسمة المال المشترك بين الشركاء، وكيف يقسم، والله أعلم.

❑ الرابع: من الفروق المترتبة على تقسيم المال إلى قيمي ومثلي

[م - ٢٤] إذا كان أحد المبيعين مثليًا والآخر قيميًا وأردنا تحديد المبيع من الثمن.

فالحنفية يرون أن المثلي هو الثمن لثبوته دينًا في الذمة، ولكونه لا يتعين بالتعيين، وأن القيمي هو المبيع.

يقول الكاساني في بدائع الصنائع: «المبيع والثمن على أصل أصحابنا من الأسماء المتباينة الواقعة على معان مختلفة، فالمبيع في الأصل اسم لما يتعين بالتعيين، والثمن في الأصل ما لا يتعين بالتعيين، وإن احتمل تغير هذا الأصل بعارض... والثمن في اللغة اسم لما في الذمة، هكذا نقل عن الفراء وهو إمام في اللغة؛ ولأن أحدهما يسمى ثمنا والآخر مبيعًا في عرف اللغة والشرع، واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل إلا أنه يستعمل أحدهما مكان صاحبه توسعًا؛ لأن كل واحد منهما يقابل صاحبه فيطلق اسم أحدهما على الآخر لوجود معنى المقابلة كما يسمى جزاء السيئة سيئة، وجزاء الاعتداء اعتداء. (فأما) الحقيقة فما ذكرنا...... ثم الدراهم والدنانير عندنا أثمان على كل حال أي شيء كان في مقابلتها، وسواء دخله حرف الباء فيهما أو فيما يقابلهما لأنهما لا تتعين بالتعيين بحال فكانت أثمانًا على كل حال.

وأما ما سواهما من الأموال فإن كان مما لا مثل له من العدديات المتفاوتة والذرعيات فهو مبيع على كل حال لأنها تتعين بالتعيين، بل لا يجوز بيعها إلا عينًا، إلا الثياب الموصوفة المؤجلة سلمًا فإنها تثبت دينا في الذمة مبيعة بطريق السلم استحسانا بخلاف القياس لحاجة الناس إلى السلم فيها. . . .»[١].

فتبين من قوله: (أن الثمن اسم لما في الذمة) دليل على أنه لا يتعين بالتعيين: وهو نص على كونه مثليًا.

وقوله: (وأما ما سواهما من الأموال فإن كان مما لا مثل له من العدديات المتفاوتة، والذرعيات فهو مبيع على كل حال) دليل على أن المبيع يتعين بالتعيين، وهو نص على كونه قيميًا.

وللحنفية تفريعات كثيرة في معرفة الثمن والمثمن سيأتي تحريرها إن شاء الله تعالى في مسألة مستقلة مقابلا ذلك كله مع قول الجمهور وبيان الراجح، في أحكام المعقود عليه، وإنما اقتضى الإشارة هنا إلى الآثار المترتبة على تقسيم المال إلى مثلي وقيمي، والله أعلم.



(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٣).

المبحث الثاني
في تقسيم المال إلى متقوم وغير متقوم

قال السرخسي: ما يكون متقومًا شرعًا فالاعتياض عنه جائز[١].

قال الماوردي: ما لا قيمة له لا تصح المعاوضة عليه[٢].

وقال السرخسي أيضًا: إتلاف ما ليس بمتقوم لا يوجب الضمان[٣].

سبق لنا أن الجمهور يشترطون في المال أن يكون الانتفاع به مباحًا، فالشيء إذا لم يكن مما يباح الانتفاع به شرعًا فليس بمال أصلًا.

جاء في شرح الرصاع على حدود ابن عرفة: «إن المعتبر في التقويم إنما هو مراعاة المنفعة التي أذن الشارع فيها، وما لا يؤذن فيه فلا عبرة به، فلا تعتبر قيمته؛ لأن المعدوم شرعًا كالمعدوم حسًا»[٤].

بينما الحنفية لا يشترطون في المالية إباحة الانتفاع، وهذا الذي دفعهم إلى تقسيم المال إلى متقوم وغير متقوم، ليخرجوا ما لا يحل الانتفاع به من الأموال من أن يكون محلًا للعقد، نظرًا لعدم تقومه.

فالمال المتقوم عند الحنفية: هو ما يباح الانتفاع به شرعًا في حال السعة والاختيار.

والمال غير المتقوم: هو ما لا يباح الانتفاع به في حال الاختيار، كالخمر

---

(١) المبسوط (١١/ ٥٢).

(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٢٦٢).

(٣) المبسوط (٦/ ١٥٢).

(٤) شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٦٥١).

والخنزير، فهو مال غير متقوم بالنسبة للمسلم، وأما في حق الذمي، فهي مال متقوم؛ لأنه لا يعتقد حرمتها، ويتمولها[(١)].

فإذا أتلف مسلم خمرًا فإن كانت لذمي ضمنها المتلف، وإن كانت لمسلم لم يضمنها؛ لأنها ليست متقومة في حق المسلم[(٢)].

يقول ابن عابدين في حاشيته:

«المال أعم من المتقوم[(٣)] لأن المال ما يمكن ادخاره، ولو غير مباح كالخمر، والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الإباحة، فالخمر مال لا متقوم...»[(٤)].

وقال أيضًا: «فما يباح بلا تمول لا يكون مالًا كحبة حنطة، وما يتمول بلا إباحة انتفاع لا يكون متقومًا كالخمر، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم...»[(٥)].

والراجح ما ذهب إليه الجمهور، وكيف يقال عن الخمر بأنه مال، والحنفية يعرفون المال بأنه ما يمكن تموله، وهل يمكننا تمول الخمر والخنزير، ويعرفون المال بأنه ما خلق لمصالح الآدمي، ويمكن ادخاره وقت الحاجة، ولا أعرف مصلحة في الخمر بعد تحريمها وقد أمرنا باجتنابها، وهو أبلغ من النهي عن شربها، في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة ٩٠]، فالاجتناب: أن أكون في جانب، والخمرة

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ١٣٧، ١٣٨)، العناية شرح الهداية (٦/ ٤٠٥، ٤٠٦).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ١١٣).

(٣) في المطبوع (المتمول) وهو خطأ.

(٤) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠١).

(٥) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

في جانب آخر، وهذا يقطع التمول في الخمر من أي وجه من الوجوه، ويقطع ادخاره لوقت الحاجة.

وقد يطلق الحنفية غير متقوم، ويقصدون به غير المحرز من المباحات، كالسمك في الماء، والطير في الهواء، والأشجار في البراري، ومثله الذهب في مناجمه، والفضة في معادنها، فلو أتلفه متلف لم يضمنه؛ لأنه لا حماية له قبل حيازته.

جاء في مجلة الأحكام العدلية: «المال المتقوم يستعمل في معنيين:

الأول: ما يباح الانتفاع به.

والثاني: بمعنى المال المحرز، فالسمك في البحر غير متقوم؛ فإذا اصطيد صار متقومًا بالإحراز»[١].

فالمعنى الأول: هو معنى المال الشرعي.

والثاني: معناه العرفي.

فلحم الخروف المذبوح مثلًا بما أن أكله وتناوله مباح، فهو من هذه الجهة مال، ومتقوم أيضًا، أما لحم غير المذبوح كالمخنوق خنقًا، فبما أن أكله وتناوله حرام وممنوع، فمن هذه الجهة يعد غير متقوم، وإن عده البعض مالًا[٢].

❀ ❀ ❀

(١) وجاء حاشية ابن عابدين (٥/ ٦٠): «في السمك الذي لم يصد ينبغي أن يكون البيع باطلًا إذا كان بالدراهم والدنانير، ويكون فاسدًا إذا كان بالعرض؛ لأنه مال غير متقوم؛ لأن التقوم الإحراز، والإحراز منتف».

(٢) انظر درر الحكام (١/ ١١٦).

الفرع الأول
الأثر الفقهي في تقسيم المال إلى متقوم وغير متقوم

قال ابن قدامة: ما لا مثل له تجب قيمته(١).

[م - ٢٥] إذا أتلف المال المتقوم ضمن متلفه لمالكه مثله إن كان مثليًا، أو قميته إن كان قيميًا.

وأما غير المتقوم فلا ضمان على متلفه، فلو أتلف مسلم لمسلم خمرًا أو خنزيرًا فلا ضمان عليه.

وأما إذا أتلف مسلم لذمي خنزيرًا أو أراق خمرًا، فهل يضمنه متلفه باعتبار أن الخمر مال متقوم عند الذمي، أو لا يضمنه باعتبار أنه غير متقوم عند المتلف، في هذه المسألة خلاف بين العلماء:

فقيل: عليه الضمان، وهو مذهب الحنفية(٢)، والمالكية(٣).

وقيل: لا ضمان عليه، وهو مذهب الشافعية(٤)، والحنابلة(٥)، ورجحه ابن حزم(٦).

---

(١) الكافي (٢/ ١٢٢).

(٢) المبسوط (١١/ ١٠٢)، بدائع الصنائع (٥/ ١١٣)، اللباب في شرح الكتاب (٢/ ١٩٥)، حاشية ابن عابدين (٦/ ١٩٠).

(٣) المنتقى للباجي (٣/ ٢٨٩)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٤٧)، التاج والإكليل (٦/ ٣٠٧) الشرح الكبير مطبوع بهامش حاشية الدسوقي (٣/ ٤٤٧)، الذخيرة (٨/ ٢٧٧).

(٤) الأم (٤/ ٢١٢)، حاشية قليوبي وعميرة (٣/ ٣٢)، حاشية الجمل على شرح المنهاج (٣/ ٤٨١).

(٥) الإنصاف (٦/ ٢٤٧)، المحرر (٣/ ٣٦٣)، المغني (٥/ ١٧٣).

(٦) المحلى، مسألة (١٢٦٦).

وسيأتي تحرير هذه المسألة إن شاء الله تعالى في أحكام إتلاف المبيع، فانظره هناك غير مأمور.



المبحث الثالث
تقسيم المال باعتبار ثبوته أو تحويله

قسم الفقهاء المال بالنظر إلى إمكان نقله وتحويله إلى عقار ومنقول.

❑ تعريف العقار:

جاء في مجلة الأحكام العدلية: العقار: غير المنقول: ما لا يمكن نقله من محل لآخر كالدور، والأراضي مما يسمى بالعقار.

والمنقول: هو الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر، ويشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات(١).

وفي مجلة الأحكام الشرعية: «العقار هو الأرض وحدها، أو ما اتصل بها للقرار، كالدور والبساتين.

والمنقول: هو الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر»(٢).

[م - ٢٦] فالفقهاء متفقون على أن ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر يسمى عقارًا، وأن ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقاء صورته وهيئته منقول.

واختلفوا فيما يمكن نقله مع تغيير صورته عند النقل كالبناء والشجر، هل هو عقار أو منقول؟

فذهب الحنفية إلى اعتباره من المنقولات إلا إذا كانا تابعين للأرض فيسري

---

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية (مادة: ١٢٨، ١٢٩).

(٢) مجلة الأحكام الشرعية (مادة ١٩٥، ١٩٧).

عليهما حكم العقار بالتبعية[١].

وذهب الجمهور إلى اعتبار ذلك من العقار[٢].

والراجح - والله أعلم - قول الجمهور، وهو أن العقار يشمل الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر.

قال في مختار الصحاح: العقار بالفتح مخففًا: الأرض والضياع والنخل[٣].

وفي اللسان: العقار بالفتح: الضيعة، والنخل والأرض[٤].



(١) جاء في البحر الرائق (٧/ ١٩٨): «وقد صرح مشايخنا في كتاب الشفعة بأن البناء والنخل من المنقولات..»، وانظر حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٤٦)، الدر المختار (٦/ ٢١٧).

(٢) الخرشي (٦/ ١٦٤)، منح الجليل (٦/ ١٣١)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٣/ ١٩٩)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٧٩).

وانظر في مذهب الشافعية: حاشية البجيرمي (٢/ ٢٧٥)، مغني المحتاج (٢/ ٧١).

(٣) مختار الصحاح (ص١٨٧).

(٤) اللسان (٤/ ٥٩٧)، وانظر النهاية (٣/ ٢٧٤).

فرع
الأثر الفقهي في تقسيم المال إلى عقار ومنقول

يظهر أثر تقسيم المال إلى عقار ومنقول في بعض أبواب الفقه كباب الشفعة، وباب الوقف.

❏ أولًا: في باب الشفعة

[م - ٢٧] اتفق الفقهاء في ثبوت الشفعة في عقار يمكن قسمته ونحوه من البساتين.

قال ابن المنذر: «لا اختلاف بين أهل العلم في إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما يباع من أرض أو دار أو حائط»(١).

ولم يختلف الفقهاء فيما أعلم في ثبوت الشفعة في البناء والغرس تبعًا للأرض(٢).

ومستندهم: (ح - ١٢) ما رواه مسلم من طريق ابن جريج، عن أبي الزبير، عن جابر قال: **قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به**(٣).

---

(١) الإقناع (١/ ٢٦٧) وانظر مجمع الأنهر (٢/ ٤٨٠)، الهداية لأبي الخطاب (١/ ١٩٧).

(٢) انظر المغني لابن قدامة (٥/ ١٨٠)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٢)، المنتقى للباجي (٢/ ٢٠٠)، روضة الطالبين (٥/ ٦٩)، المغني مع الشرح الكبير (٥/ ٤١٧)، الفروع (٤/ ٥٢٩)، وانظر أحكام المشاع في الفقه الإسلامي للدكتور الشيخ صالح السلطان (١/ ٤١٣).

(٣) مسلم (١٦٠٨).

وجه الاستدلال:

أن لفظ (ربعة) يتناول الأبنية، ولفظ (حائط) يتناول الأشجار.

واختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة في المنقول فيما لم يقسم، كما لو باع أحد الشريكين نصيبه في حيوان أو ثمرة، فهل للشريك أن يأخذ نصيب شريكه بالشفعة؟

فقيل: لا شفعة في المنقولات، وهو مذهب الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، وقول في مذهب المالكية[٤].

وقيل: فيه الشفعة، وهو ورواية عن أحمد[٥]، ونسب إلى ابن أبي مليكة، وعطاء وفقهاء مكة[٦]، واختاره ابن حزم[٧]، وابن عقيل من الحنابلة، ورجحه

---

(١) الحجة (٣/ ٩٠)، البحر الرائق (٧/ ١٩٨)، المبسوط (١٤/ ٩٣) بدائع الصنائع (٥/ ٢٨)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٢)، فتاوى السغدي (١/ ٤٩٧)، حاشية ابن عابدين (٧/ ٤١٨).
وفي مجلة الأحكام العدلية (مادة: ١٠١٧): «يشترط أن يكون المشفوع به ملكًا عقاريًا، وبناء عليه، لا تجري الشفعة في السفينة وسائر المنقولات..».

(٢) جاء في المهذب (١/ ٣٧٦): «وأما غير العقار من المنقولات فلا شفعة فيه...». وانظر الوسيط (٤/ ٦٩)، روضة الطالبين (٥/ ٦٩).

(٣) المغني (٥/ ١٨٠)، الإنصاف (٦/ ٢٥٦، ٢٥٧)، الكافي (٢/ ٤١٦)، المحرر (١/ ٣٦٥).

(٤) الموطأ (٢/ ٧١٨)، الاستذكار (٧/ ٧٨)، القوانين الفقهية (ص١٨٩)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٨٢)، شرح الزرقاني (٣/ ٤٨٠)، الذخيرة (٧/ ٢٨٠).

(٥) الفروع (٤/ ٥٢٩)، المبدع (٥/ ٢٠٨)، جاء في إعلام الموقعين (٢/ ١٤٠): «وقالت طائفة أخرى: إنما شرعت الشفعة لرفع الضرر اللاحق بالشركة...... وهذا مذهب من يرى الشفعة في الحيوان والثياب والشجر والجواهر والدرر الصغار التي لا يمكن قسمتها، وهذا قول أهل مكة، وأهل الظاهر، ونص عليه الإمام أحمد في رواية حنبل، قال: قيل لأحمد: فالحيوان دابة تكون بين رجلين أو حمار، أو ما كان من نحو ذلك، قال: هذا كله أوكد؛ لأن خليطة الشريك أحق به بالثمن، فإذا عرضه على شريكه، وإلا باعه بعد ذلك».

(٦) التمهيد (٧/ ٤٩)، فتح الباري (٤/ ٤٣٦).

(٧) المحلى (٩/ ٨٢) مسألة (٥٩٥).

ابن تيمية(١)، وابن القيم(٢).

وقيل: بثبوت الشفعة في ثمرة تجنى مع بقاء أصلها، وما كانت ثمرته تجنى وليس له بقاء فلا شفعة فيه وهو قول في مذهب المالكية(٣).

وقيل: تثبت الشفعة في الحيوانات دون غيرها من المنقولات، وهو رواية عن أحمد(٤).

وسوف نأتي إن شاء الله تعالى على ذكر أدلة هذه الأقوال، والراجح منها في كتاب الشفعة، بلغنا الله ذلك بمنه وعونه وتوفيقه.

☐ ثانيًا: تأثير تقسيم المال إلى عقار ومنقول في باب الوقف

سبق لنا تأثير تقسيم المال إلى عقار ومنقول في باب الشفعة، وفي هذا الفصل نبين أثر تقسيم المال إلى عقار ومنقول في باب الوقف،

[م - ٢٨] فقد أجمع الفقهاء بأن العقار يصح وقفه.

---

(١) الإنصاف (٦/ ٢٥٧).

(٢) إعلام الموقعين (٢/ ١٤٠).

(٣) جاء في الذخيرة (٧/ ٢٨٧): «في الكتاب إذا باع نصيبه من ثمر الشجر المزهي قبل قسم الأصل بينهم في مساقاة أو حبس: استحسن مالك فيه الشفعة ما لم ييبس قبل قيام الشفيع أو يباع يابسًا فلا شفعة.. قال مالك: ولم يقله أحد قبلي استحسانًا وقياسًا على العرايا التي جوزت من أجل الرفق وقطع واطئة الرجل، فالشفعة في الثمار كذلك، قال ابن القصار: هذه إحدى الروايتين عن مالك».

وفي التاج والإكليل (٥/ ٣١٨): «قال ابن القاسم: والمقاثي عندي فيها الشفعة؛ لأنها ثمرة، ولا شفعة في البقول، وجه ذلك: ما كان له أصل ثابت، تجنى ثمرته مع بقائه فالشفعة فيه، كالشجر، وما لم يكن على ذلك، وإنما هو نبت لا تجنى ثمرته مع بقائه، فلا شفعة فيه؛ لأنه ليس بأصل ثابت، أصل ذلك ما ينقل ويحول».

(٤) فتح الباري (٤/ ٤٣٦).

قال المرداوي: وقف غير المنقول يصح بلا نزاع[١].

كما أجمعوا على صحة وقف المنقول تبعًا للعقار، قال الزيلعي: «وقف المنقول تبعًا للعقار جائز بالإجماع»[٢].

واختلفوا في المال المنقول، فقيل: لا يصح وقفه، وهذا قول أبي حنيفة[٣]، ورواية عن أحمد[٤].

---

(١) الإنصاف (٧/ ٧).

(٢) تبيين الحقائق (٣/ ٣٢٧).

(٣) الدر المختار (٦/ ٦٩٦)، الهداية شرح البداية (٣/ ١٥)، لسان الحكام (ص٢٩٤)، فتح القدير (٦/ ٢١٦)، اللباب في شرح الكتاب (٢/ ١٨٢)، البحر الرائق (٥/ ٢١٨).
وذهب بعض الحنفية إلى جواز وقف ما ورد فيه النص مثل الخيل والسلاح، وعند محمد يجوز وقف ما جرى العرف بوقفه كالمصاحف والكتب وفرش المسجد ونحو ذلك.

(٤) قال أحمد كما في رواية حنبل، قال: سمعت أبا عبد الله يقول: لا أعرف الوقف في المال، إنما الوقف في الدور والأرضين، على ما أوقف أصحاب النبي ﷺ، قال: ولا أعرف وقف المال البتة».
فاعتبر بعض الحنابلة قول أحمد هذا على أنه نص بأن الإمام لا يرى وقف المنقول، وإنما الوقف في العقار خاصة.
قال صاحب الإنصاف (٧/ ٧): «وأما وقف المنقول كالحيوان والأثاث والسلاح ونحوها فالصحيح من المذهب صحة وقفها. . . . . وعنه لا يصح وقف غير العقار، نص عليه في رواية الأثرم وحنبل». وانظر المبدع (٥/ ٣١٧).
وذهب بعضهم إلى أن نص الإمام إنما سيق في وقف الدراهم والدنانير خاصة، ولا يلزم من ذلك عدم صحة وقف المنقول مطلقًا.
قال صاحب الإنصاف (٧/ ٧) بعد أن ذكر النص الذي أخذ منه الحنابلة منع وقف المنقول، قال: «ومنع الحارثي دلالة هذه الرواية، وجعل المذهب رواية واحدة - يعني: جواز وقف المنقول». اهـ
ومن تأمل كلام أحمد رحمه الله جزم بصواب رأي الحارثي، فقد قال أحمد في رواية حنبل: «وسمعت أبا عبد الله يقول: لا أعرف حبس المال، ولا وقفه، إنما يوقف ويحبس الأرضون والسلاح والكراع وما أشبهه، فأما المال فلا أعرفه، ولا سمعته» انظر الجامع لعلوم الإمام أحمد - كتاب الوقوف، للخلال (٢/ ٤٩٥). =

وقيل: بل لا فرق بين العقار والمنقول في باب الوقف، والجميع يصح وقفه، وهذا مذهب المالكية(١)، والشافعية(٢)، والمشهور في مذهب الحنابلة(٣).

وقيل: يصح وقف السلاح والكراع من المنقولات، وهذا مذهب أبي يوسف من الحنفية(٤).

وقيل: يصح وقف ما جرى العرف بوقفه، وهذا رأي محمد بن الحسن من الحنفية(٥).

وسوف نذكر إن شاء الله تعالى أدلة هذه الأقوال مع بيان الراجح في باب الوقف، أسأل الله أن يبلغنا ذلك بحوله وتوفيقه.

= فالسلاح والكراع كلها من المنقولات، وقد رأى أحمد وقفها في الوقت الذي منع وقف المال: (الدراهم والدنانير) فدل على أن هذا الحكم خاص بالنقود، وليس في كل المنقولات.

كما نقل تلاميذ الإمام أحمد ﷺ صحة وقف المصحف والحيوان والسلاح والأثاث ونحوها، وهي من المنقولات، انظر: مسائل أحمد رواية عبد الله (١٦٢٧)، الجامع لعلوم الإمام أحمد - كتاب الوقوف (١/ ٢٢٦).

(١) الخرشي (٧/ ٨٠)، التاج والإكليل (٦/ ٢١)، الشرح الكبير (٤/ ٧٦، ٧٧)، مواهب الجليل (٦/ ٢١).

(٢) الوسيط (٤/ ٢٣٩)، حاشية البجيرمي (٣/ ٢٠٢)، حاشية الجمل (٣/ ٥٧٦، ٥٧٧)، مغني المحتاج (٢/ ٣٧٧).

(٣) الإنصاف (٧/ ٧)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٠٠)، كشاف القناع (٤/ ٢٤٣)، مجموع فتاوى ابن تيمية (٣١/ ٣١٨)،.

(٤) قال في البحر الرائق (٥/ ٢١٨): «وأما ما سوى الكراع والسلاح فعند أبي يوسف لا يجوز وقفه؛ لأن القياس إنما يترك بالنص، والنص ورد فيهما فيقتصر عليه».

(٥) البحر الرائق (٥/ ٢١٨)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٣٦١ - ٣٦٣).

ثالثًا: تأثير تقسيم المال إلى عقار ومنقول في باب التصرف في المبيع

[م - ٢٩] يفرق بعض الفقهاء في باب التصرف في المبيع قبل القبض بين العقار والمنقول.

فقيل: يجوز بيع العقار قبل القبض في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، ولا يجوز بيع المنقول حتى يقبض[(١)].

وقيل: لا يجوز التصرف في المبيع قبل القبض مطلقًا عقارًا كان أو منقولًا، وهو قول محمد بن الحسن، وزفر من الحنفية[(٢)]، ومذهب الشافعية، ورواية عن أحمد[(٣)]، وهو قول الثوري، ورجحه ابن تيمية وابن القيم[(٤)].

وقيل: لا يجوز بيع الطعام المكيل أو الموزون قبل قبضه، وهذا هو المشهور من مذهب المالكية[(٥)].

---

(١) المبسوط (١٣/ ٩)، بدائع الصنائع (٥/ ١٨١).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ١٨١).

(٣) الفروع (٤/ ١٣٧).

(٤) قال ابن تيمية ﷺ في مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥١١): «والصواب الذي عليه جمهور العلماء هو ظاهر مذهب الشافعي».

(٥) قال في بداية المجتهد (٧/ ٢٣٠): «وأما بيع ما سوى الطعام قبل القبض فلا خلاف في مذهب مالك في إجازته، وأما الطعام الربوي فلا خلاف في مذهبه أن القبض شرط في بيعه، وأما غير الربوي من الطعام فعنه في ذلك روايتان:
إحداهما المنع: وهي الأشهر وبها قال أحمد وأبو ثور، إلا أنهما اشترطا مع الطعم الكيل والوزن، والرواية الأخرى: الجواز..»
ظاهر الكلام أن الإمام مالك يمنع من بيع الطعام قبل قبضه مطلقًا في المشهور، لأنه خص اشتراط الكيل والوزن بأنه قول أحمد وأبي ثور، وليس كذلك، فابن رشد نفسه قال بعد ذلك في نفس الكتاب (٧/ ٢٣٩) «وأما اشتراط القبض فيما بيع جزافًا فإن مالكًا رخص فيه، وأجازه. . . وعمدة المالكية أن الجزاف ليس فيه حق توفيه». =

وقيل: لا يجوز بيع المكيل أو الموزون أو المعدود أو المذروع، وكذا ما اشتري بصفة أو رؤية متقدمة قبل قبضه، وهو المشهور من مذهب الحنابلة(١).

وقيل: لا يجوز بيع الطعام الربوي فقط قبل قبضه، وأما غير الربوي من الطعام فيجوز بيعه قبل قبضه، وهو رواية عن مالك(٢).

وسوف نأتي على ذكر أدلة هذه الأقوال إن شاء الله تعالى في باب التصرف في المبيع، عند ذكر أحكام المبيع من هذا الكتاب، فانظره هناك مشكورًا.

❑ رابعًا: تأثير تقسيم المال إلى عقار ومنقول في حقوق الارتفاق

سبق لنا مناقشة مالية الحقوق، ومنها حقوق الارتفاق، وعرفنا حقوق الارتفاق بأنه: حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لمن لا يملك العقار الأول(٣).

ومن خلال تعريفها يتبين أن حقوق الارتفاق هي حقوق تتعلق بالعقار وحده، ولا تتعلق بالمنقول.

= وقال في أنواع البروق في أنواع الفروق (٣/ ٢٨٥): «يؤخذ تقييد أشهر الروايتين عن مالك بما إذا كان في الطعام حق توفية، من كيل أو وزن أو عد من قوله - يعني ابن رشد - وخص مالك فيما بيع من الطعام جزافًا أن يباع قبل القبض، وأجازه.... فتكون هذه الرواية عين القول الثالث لابن حنبل، وتكون الأقوال ستة لا سبعة، وبالتقييد وموافقة قول ابن حنبل صرح الأصل حيث قال صاحب الجوهر: يمتنع في مشهور مالك بيع الطعام قبل قبضه إذا كان فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عد... وأما ما بيع جزافًا فيجوز أي لمبتاعه بيعه قبل نقله إذا خلى البائع بينه لحصول الاستيفاء، ووافق مشهور مالك هذا ابن حنبل ﵁». وانظر: حاشية الدسوقي (٣/ ١٥١).

(١) شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٠٤)، كشاف القناع (٣/ ٢٤٢)، مطالب أولي النهى (٣/ ٢٥١).

(٢) أنوار البروق في أنواع الفروق (٣/ ٢٨٥).

(٣) انظر مرشد الحيران (مادة: ٣٧).

فيمكن أن نقول من فوائد تقسيم المال إلى عقار ومنقول، اختصاص العقار بحقوق الارتفاق والجوار دون غيره من الأموال المنقولة.

وللتوسع أكثر في حقوق الارتفاق يراجع الفصل الخاص بمالية حقوق الارتفاق، وقد سبق ذكره في هذا المجلد والله أعلم.



المبحث الرابع
في تقسيم المال إلى عام وخاص

□ **قسم الفقهاء المال إلى عام وخاص:**

فالمال العام: هو كل مال استحقه المسلمون، ولم يتعين مالكه منهم، وذلك كالزكاة والفيء، وخمس الغنائم المنقولة، وخمس الخارج من الأرض... ونحوها[١].

والمال الخاص: هو المال الذي يملكه شخص معين، أو أشخاص محصورون[٢].

□ **والأصل في التفريق بين المال العام والخاص:**

(ح -١٣) ما رواه أحمد، قال: حدثنا وكيع، حدثنا ثور الشامي، عن حريز ابن عثمان، عن أبي خداش، عن رجل من أصحاب النبي ﷺ، قال: قال رسول الله ﷺ: **الناس شركاء في ثلاث: في الماء والكلأ والنار**[٣]. [إسناده صحيح][٤].

---

(١) موسوعة القواعد الفقهية (٢١/ ٤٠).

(٢) المرجع السابق (١٩/ ٧).

(٣) المسند (٥/ ٣٦٤).

(٤) رجاله ثقات، ثور الشامي: هو ابن يزيد أبو خالد الحمصي، وأبو خداش: هو حبان ابن زيد الشرعبي.

والحديث أخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ٧) رقم: ٢٣١٩٤ حدثنا وكيع به.

وأخرجه ابن عدي في الكامل (٢/ ٤٥١، ٤٥٢) والبيهقي في السنن (٦/ ١٥٠) من طريق يحيى ابن سعيد القطان.
=

فيؤخذ من هذا الحديث أن ما تعلقت به حاجة الجماعة في الانتفاع به في أشياء معينة، فإنه لا يجوز أن تقع تحت التملك الفردي، وإنما تحجر أعيانها، وتباح منافعها، وذلك كما في الأنهار الكبيرة والطرق والجسور والأراضي المتروكة حول القرى لتستعمل من قبل أهلها للرعي والحصاد وغيرها.

قال أبو يوسف: «الفرات ودجلة لجميع المسلمين، فهم فيه شركاء»(١).

وفي البحر الرائق: «لا يملك الإمام أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه، كالملح والآبار يستسقي منها الناس»(٢).

وقال ابن القيم: «الماء خلقه الله في الأصل مشتركًا بين العباد والبهائم، وجعله سقيا لهم»(٣).

وقال ابن قدامة: «ما تعلق بمصالح القرية كفنائها، ومرعى ماشيتها،

= وأخرجه أبو داود (٣٤٧٧) من طريق عيسى بن يونس.
وأخرجه أبو داود (٣٤٧٧)، والبيهقي في السنن (٦/ ١٥٠) من طريق علي بن الجعد اللؤلؤي.
وأخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال (٧٢٩) من طريق يزيد بن هارون.
وأخرجه ابن زجويه في كتاب الأموال (١٠٨٩) عن علي بن عياش وعصام بن خالد، ستتهم: (يحيى، وعيسى، وعلي بن الجعد ويزيد، علي بن عياش وعصام بن خالد) عن حريز بن عثمان به.
وأخرجه البيهقي (٦/ ١٥٠) من طريق سفيان الثوري، عن ثور بن يزيد يرفعه إلى النبي ﷺ.
قال البيهقي: أرسله الثوري عن ثور، وإنما أخذه ثور عن حريز.
وله شاهد من حديث أبي هريرة عند ابن ماجه (٢٤٧٣) وإسناده صحيح.
ومن حديث ابن عباس عند ابن ماجه (٢٤٧٢)، والطبراني في الكبير (١١١٠٥) وإسناده ضعيف.

(١) الخراج لأبي يوسف (ص٩٧، ٩٨).
(٢) البحر الرائق (٨/ ٢٤٠).
(٣) زاد المعاد (٥/ ٧٩٨).

ومحتطبها، وطرقها، ومسيل مائها، لا يملك بالإحياء، ولا نعلم فيه خلافًا بين أهل العلم»(١).

وقال أيضًا: «وما كان في الشوارع والطرقات والرحاب وبين العمران، فليس لأحد إحياؤه... لأن ذلك يشترك فيه المسمون، وتتعلق به مصلحتهم، فأشبه مساجدهم»(٢).

❑ الفرق بين المال العام والخاص:

[م - ٣٠] من أحكام المال الخاص: جواز التصرف فيه بأصالة أو بوكالة أو ولاية، ويقطع سارقه بشرطه.

يقابله المال العام: كبيت مال المسلمين، والموقوف على المسلمين عامة، وكل ما كان نفعه للمسلمين عامة.

فهل يقطع السارق من بيت المال؟ فيه خلاف.

فقيل: لا قطع مطلقًا، وهو مذهب الحنفية، والحنابلة(٣)، وبه يقول الحكم ابن عتيبة رحمه الله(٤)، وإبراهيم النخعي(٥).

---

(١) المغني (٥/ ٣٣٠).

(٢) المغني (٥/ ٣٣٥).

(٣) انظر تبيين الحقائق (٣/ ٢١٨)، البحر الرائق (٥/ ٦٠)، الدر المختار (٤/ ٩٤)، المبسوط (٩/ ١٨٨).

وفي كتب الحنابلة: انظر المغني (٩/ ١١٧)، الفروع (٦/ ١٣٣)، وانظر الموسوعة الكويتية (١٩/ ٧).

(٤) روى ابن أبي شيبة (٢٨٥٦٢): قال: حدثنا غندر، عن شعبة، قال: سألت حمادًا عن الرجل يسرق من بيت المال؟ قال: يقطع، وقال الحكم: لا يقطع. وإسناده صحيح.

(٥) المحلى (مسألة: ٢٢٦٥).

وقيل: يقطع مطلقًا، وهو مذهب المالكية[١]، واختيار ابن حزم[٢]، واختاره حماد بن أبي سليمان[٣].

وقيل: إن سرق من بيت مال المسلمين، وهو مسلم، فإن فرز المال لطائفة ليس هو منهم قطع لانتفاء الشبهة، وإن لم يفرز فلا قطع، وهو المشهور من مذهب الشافعية[٤]، والله أعلم وبحث هذه المسألة يأتي في باب الحدود إن شاء الله تعالى.



(١) جاء في المدونة (٦/ ٢٩٥): «قلت: أرأيت من سرق من بيت المال، هل يقطع؟ قال لي مالك: نعم». انظر التاج والإكليل (٦/ ٣٠٧)، والثمر الداني شرح رسالة القيرواني (١/ ٦٠٣).

(٢) المحلى (مسألة: ٢٢٦٥).

(٣) سبق تخريج قوله من مصنف بن أبي شيبة مقرونًا برأي الحكم.

(٤) مغني المحتاج (٤/ ١٣٦)، تحفة المحتاج (٩/ ١٣١)، حاشية قليوبي (٤/ ١٨٩).

المبحث الخامس
في تقسيم المال إلى أصول وثمار

الأصول: جمع أصل، وهو ما يبنى عليه غيره، والمراد به عند الفقهاء: الأرض، والدور، والبساتين.

والثمار: جمع ثمر، كجبال وجبل، وواحد الثمر: ثمرة(١).

وكثير من الفقهاء في باب المعاملات يفرد بابًا باسم (بيع الأصول والثمار) ويذكر ما يتبع الأصول في البيع وما لا يتبعها، كما يتكلمون أحيانًا متى يجوز بيع الثمرة دون الأصل، ومتى يجوز بيعها مع أصلها، ومتى يجوز بيع الأصل دون الثمرة(٢).

وقد تكلمنا والحمد لله على فضله عن هذا المبحث عند الكلام على شمول المبيع، وما يدخل فيه، فانظره هناك مشكورًا.



(١) المطلع على أبواب المقنع (ص٢٤٢)، تحرير ألفاظ التنبيه (ص١٨١).

(٢) انظر لسان الحكام (ص٣٥٤)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٥٤)، مغني المحتاج (٢/ ٨٠)، الإنصاف (٥/ ٥٤)، الروض المربع (٢/ ١٢٣)، المبدع (٤/ ١٥٨).

الباب الثاني
في حكم البيع وبيان أركانه

الفصل الأول: في حكم البيع

بعد أن عرفنا البيع، وأنه مبادلة مال بمال، وأخذنا تصورًا شاملًا عن تعريف المال، وأقسامه، والأثر الفقهي لهذه الأقسام نأتي في هذا الفصل في بيان حكمه؛ لأن الحكم على الشيء يجب أن يكون بعد معرفته، وتصوره.

[م - ٣١] وقد اتفق الفقهاء على جواز البيع في الجملة، «قال ابن عبد السلام: كما أن حقيقته معلومة لكل الناس، فحكمه من الإباحة معلوم من الدين بالضرورة، فالاستدلال المذكور على ذلك في الكتب والمجالس إنما هو على طريق التبرك بذكر الآيات والأحاديث مع تمرين الطلبة على الاستدلال»(١).

وقد دل على جوازه الكتاب والسنة، والإجماع، والمعقول.

أما الكتاب، فقول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨].

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٢٢٧).

وأما السنة فأحاديث كثيرة، من بيعه ﷺ، وشرائه، وإذنه في البيع، ووقوعه بحضرته.

(ح - ١٤) ومن هذه الأحاديث: ما رواه مسلم من طريق أبي الأشعث، عن عبادة بن الصامت مرفوعًا، وفيه: **فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد**[١].

(ح - ١٥) ومنها ما رواه البخاري ومسلم من طريق شعبة، عن قتادة، عن صالح أبي الخليل، عن عبد الله بن الحارث رفعه، إلى حكيم بن حزام رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: **البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو قال: حتى يتفرقا. فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما**[٢].

وقال ابن قدامة: «أجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة»[٣].

وأما المعقول فقال ابن قدامة: «والحكمة تقتضيه - يعني تقتضي جوازه- لأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه، وصاحبه لا يبذله بغير عوض، ففي شرع البيع وتجويزه شرع طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه، ودفع حاجته»[٤].

ومع أن قولنا: إن البيع جائز في الجملة، فقد يعرض للبيع الأحكام الخمسة:

فقد يكون محرمًا، كما في البيوع المنهي عنها، كبيع الميتة، والدم، والخنزير، والخمر.

وقد يكون واجبًا، كما لو كان البيع على من اضطر إلى شراء طعام أو شراب

---

(١) صحيح مسلم (١٥٨٧).
(٢) صحيح البخاري (٢٠٧٩)، ومسلم (١٥٣٢).
(٣) المغني (٤/ ٣).
(٤) المرجع السابق.

لإنقاذ مهجة، وبعضهم اعتبر الواجب هنا التمليك، وليس البيع نفسه[١]، ومثل له بعضهم ببيع القاضي مال المفلس بشروطه[٢].

وقد يكون مندوبًا، كما في بيع الطعام زمن الغلاء، ومثله بيع الكتب النافعة مع النية الصالحة.

وقد يكون مكروهًا، كما في البيوع المكروهة، وذلك نحو تلقي الجلب، وبعضهم يمثل في البيع والشراء ممن أكثر ماله حرام، وقد اختلط بالحلال.

❊ ❊ ❊

(١) مغني المحتاج (٢/ ٣٩).

(٢) المرجع السابق، وانظر حواشي الشرواني (٤/ ٣٢٢).

الفصل الثاني
في أركان البيع

☐ تعريف الركن في الاصطلاح[(١)]:

عرفه ابن نجيم: بأن الركن، هو جزء الماهية[(٢)].

وعرفه بعض المالكية: ما تحقق به الماهية، ولو لم يكن جزءًا منها حقيقة[(٣)].

وعرفه بعض الشافعية: بأن أركان الشيء: أجزاؤه في الوجود، التي لا يحصل إلا بحصولها، داخلةً في حقيقته، محققةً لهويته[(٤)].

وفي الموسوعة الكويتية: الركن ما لا يتم الشيء إلا به، سواء أكان جزءًا منه، أم لازمًا له[(٥)].

☐ أركان البيع عند الفقهاء:

[م - ٣٢] اختلف الفقهاء في تحديد أركان البيع:

(١) جاء في المصباح المنير (٢٣٧): ركن الشيء: جانبه، والجمع أركان، مثل قفل: وأقفال، فأركان الشيء أجزاء ماهيته.
والركن في اللغة: جانب الشيء الأقوى، فيكون عينه، ويستعار للقوة، قال تعالى: ﴿أَوْ ءَاوِىٓ إِلَىٰ رُكْنٍ شَدِيدٍ﴾ [هود: ٨٠].
والأركان: الجوارح، وفي الحديث: (يقال لجوارحه انطقي). رواه مسلم.
وأركان كل شيء: جوانبه التي يستند إليها، ويقوم بها.
وركن الشيء: ما لا وجود لذلك الشيء إلا به. انظر تهذيب الأسماء واللغات (٣/ ١٢٦).

(٢) البحر الرائق (١/ ٣٠٦).

(٣) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٢/ ٥٤٢).

(٤) أسنى المطالب (١/ ١٤١).

(٥) الموسوعة الكويتية (٦/ ٤٩).

فقيل: أركان البيع هي الصيغة فقط (الإيجاب والقبول)، وهذا مذهب الحنفية[١].

وقيل: أركان البيع: الصيغة (الإيجاب والقبول).

والعاقدان (البائع والمشتري).

والمحل (المعقود عليه من مبيع وثمن)، وهذا مذهب الجمهور[٢].

وسبب الاختلاف:

أن الحنفية يرون أن الركن: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وكان جزءًا داخلًا في حقيقته، وهذا خاص في الإيجاب والقبول، أما العاقدان والمعقود عليه فهي من لوازم العقد، وليست جزءًا من حقيقة البيع، وإن كان يتوقف عليها وجوده.

بينما الجمهور يرون أن الركن: ما توقف عليه وجود الشيء وتصوره عقلًا، سواء أكان جزءًا من حقيقته أم لم يكن، ووجود البيع يتوقف على العاقدين والمعقود عليه، وإن لم يكن هؤلاء جزءًا من حقيقته.

ومذهب الحنفية أجود، وأدق، والجمهور لا يطردون في تحديد الأركان، فاللوازم تارة يعتبرونها من الأركان، وتارة لا يدخلونها، فهم يجعلون الفاعل

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٣)، البحر الرائق (٥/ ٢٧٨)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٤)، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٤/ ٢)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٤)، مجلة الأحكام العدلية (١٤٩).

(٢) شرح حدود ابن عرفة (ص٣٩٧)، الخرشي (٥/ ٥)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢)، حاشية الصاوي (٣/ ١٣)، مواهب الجليل (٤/ ٢٤١، ٢٤٢)، المجموع (٩/ ١٧٤)، تحفة المحتاج (٤/ ٢١٥)، حاشية الجمل (٣/ ٥، ٦)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٥، ٦)، كشاف القناع (٣/ ١٤٦).

ركنًا في مثل عقد البيع والنكاح، ولا يجعلونه ركنًا في العبادات كالصلاة والحج، وإن كان لا يتصور قيام الحج والصلاة بدون فاعل.

قال في المصباح المنير: «والفرق عسر، ويمكن أن يقال: الفرق أن الفاعل علة لفعله، والعلة غير المعلول، فالماهية معلولة، فحيث كان الفاعل متحدًا استقل بإيجاد الفعل كما في العبادات، وأعطي حكم العلة العقلية، ولم يجعل ركنًا، وحيث كان الفاعل متعددًا لم يستقل كل واحد بإيجاد الفعل، بل يفتقر إلى غيره؛ لأن كل واحد من العاقدين غير عاقد بل العاقد اثنان، فكل واحد من المتبايعين مثلًا غير مستقل، فَبَعُد بهذا الاعتبار عن شبه العلة، وأشبه جزء الماهية في افتقاره إلى ما يقومه، فناسب أن يجعل ركنًا»(١).

ولا حاجة إلى هذا الفارق العسر كما وصفه، بل يقال: مذهب الحنفية أقوى، ومطرد في تحديد أركان الشيء من عبادات ومعاملات، ويبقى الاختلاف في تحديد الأركان ليس له تأثير قوي في البيع إلا في بعض الصور القليلة وذلك بحسب مصطلح الحنفية في التفريق بين البيع الفاسد والباطل، فالباطل: هو الذي لحق الخلل فيه ركن البيع، والفاسد ما كان مشروعًا بأصله، دون وصفه، وقد سبق الكلام عليه عند الكلام على أقسام العقد، ولله الحمد.

وقد سمى بعض الباحثين أركان البيع: مقومات العقد، وهذا يدخل فيه الصيغة والعاقدان ومحل العقد باتفاق، وبهذا نخرج من خلاف الحنفية مع الجمهور.

وبعض الحنفية يرى أن ركن البيع عبارة عن مبادلة مال بمال، وإنْ أُطْلق على الإيجاب والقبول أو على التعاطي الذي يقوم مقامهما فذلك إنما هو من قبيل إطلاق اسم المدلول على الدال(٢).

---

(١) المصباح المنير (ص٢٣٧).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ١٢٢).

الباب الثالث
في دراسة صيغة التعاقد (أحكام الإيجاب والقبول)

عرفنا فيما سبق أن أركان البيع الصيغة (الإيجاب والقبول)، وهذا متفق عليه بين الأئمة. وزاد الجمهور العاقدين (البائع والمشتري)، والمعقود عليه (المبيع والثمن).

وسوف أتناول أركان البيع بالدراسة التفصيلية، فخصصت الباب الثالث، في أحكم الإيجاب والقبول (الصيغة).

والباب الرابع، في أحكام العاقدين (البائع والمشتري).

والباب الخامس في أحكام المعقود عليه (المبيع والثمن).

حتى إذا وفقنا الله ﷻ، وخلصنا من هذه الأبواب الثلاثة يكون القارئ قد أحاط علمًا بأحكام أركان البيع، من إيجاب وقبول، وعاقد، ومعقود عليه. أسال المولى وحده، عونه وتوفيقه.

كما أن دراسة أركان البيع ستتضمن إن شاء الله تعالى دراسة شروط البيع إلا أن هذه الشروط ستكون مفرقة على أركان البيع:

فشروط البيع الخاصة بالصيغة سنعرضها عند الكلام على شروط الإيجاب والقبول.

وشروط البيع الخاصة بالعاقدين سنعرضها عند الكلام على أحكام العاقدين.

وشروط البيع الخاصة بالمعقود عليه من ثمن ومثمن سنعرضها عند التعرض لأحكام المعقود عليه. والله ولي التوفيق.

تمهيد
في تعريف الإيجاب والقبول

عقد البيع لا يتم إلا إذا وجدت إرادتان:

إرادة باطنة: تعرف عند الفقهاء بالقصد (النية).

وإرادة ظاهرة: تعرف عندهم بالصيغة (الإيجاب والقبول).

والأولى: هي الأصل، والثانية دالة عليها.

فالنية وحدها لا تكفي. يقول الإمام الشافعي ﵀: «النية لا تصنع شيئًا، وليس معها كلام»(١).

ويقول ابن عابدين: «البيع لا ينعقد بالنية»(٢).

فلا تعتبر النية وحدها شروعًا في البيع، أو النكاح، أو الإجارة أو الهبة، أو الوقف، أو الوصية، أو غيرهما من أصناف المعاملات؛ لأننا لا نعلم القصد المنوي، فلا بد من دلالة قولية أو فعلية على قصد الإنسان ونيته، ولا يغني أحدهما عن الآخر(٣).

---

(١) الأم (٤/ ١١٥).

(٢) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥١٦).

(٣) يقول ابن القيم ﵀ في إعلام الموقعين (٣/ ١٠٥): «إن الله ﷻ وضع الألفاظ بين عباده تعريفًا ودلالة على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئًا عرفه بمراده، وما في نفسه بلفظه، ورتب على تلك المقاصد والأحكام أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول، ولا على مجرد ألفاظ مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها، ولم يحط بها علمًا، بل تجاوز للأمة عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم به، وتجاوز لها عما تكلمت به مخطئة، أو ناسية، أو =

. . . .

= مكرهة، أو غير عالمة به إذا لم تكن مريدة لمعنى ما تكلمت به، أو قاصدة إليه، فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم، هذه قاعدة الشريعة وهي من مقتضيات عدل الله سبحانه وتعال، وحكمته ورحمته، فإن خواطر القلوب وإرادة النفوس لا تدخل تحت الاختيار. . . .».

ولا بد من تطابق الدلالة القولية أو الفعلية (الإرادة الظاهرة) مع قصد الإنسان ونيته (الإرادة الباطنة)، فإن اختلفت الإرادة المعلنة عن الإرادة الظاهرة، كما إذا أراد شخص أن يشتري شيئًا معينًا، فأشار إلى شيء آخر، وكما لو كتب التاجر على بضاعته خطأ ثمنًا أقل من قيمتها، فهل المعتبر الإرادة الباطنة، أو المعتبر الإرادة الظاهرة؟

وسيأتي إن شاء الله تعالى عند الكلام على البيع الصوري خلاف الفقهاء فيما إذا جاء اللفظ مخالفًا للمعنى الذي أراده العاقد، فهل المعتبر اللفظ، أو المعتبر المعنى؟

فقيل: المعتبر هو المعنى الذي قصده العاقد، واللفظ تابع للمعنى، وهذا مذهب الحنفية والمالكية وأحد الوجهين في مذهب الشافعية، والمشهور من مذهب الحنابلة.

وقيل: المعتبر اللفظ دون المعنى، وهو قول في مذهب الشافعية والحنابلة. وانظر أدلة كل قول في الباب المشار إليه، وسيأتي مسائل وتفريعات لهذه المسألة في باب اختلاف المتبايعين، سواء كان الخلاف على عين المبيع، أو على ثمنه، أو على اشتراط خيار فيه أو صفة بما يزيد الموضوع إن شاء الله تعالى وضوحًا.

وهناك قول وسط اختاره ابن القيم، أن هناك فرقًا بين القضاء وبين غيره، ففي القضاء العبرة بالإرادة الظاهرة إلا إذا قامت قرينة على الإرادة الباطنة، فيحكم بها.

فالمتكلم بصيغ العقود إذا قصد غير معناها نحو أن يقصد بقوله: أنت طالق، أي أنها طالق من زوج سابق، لا تلزمه هذه الصيغ فيما بينه وبين الله تعالى، وأما في الحكم فإن اقترن بكلامه قرينة تدل على ذلك لم يلزمه أيضًا؛ لأن السياق والقرينة تدل على صدقه، وإن لم يقترن بكلامه قرينة أصلًا، وادعى ذلك دعوى مجردة لم تقبل منه، انظر إعلام الموقعين (٣/ ١١٩) وما بعدها.

وكما اختلف أهل الفقه، أختلف أهل القانون، فتجد في القانون نظريتين:

نظرية الإرادة الظاهرة: حيث تعتمد في العقد على ألفاظ المتعاقدين، وليس على إرادتهما، فالمقدم هو المظهر المادي دون الإرادة الكامنة، وقد سادت هذه النظرية في التشريعات الألمانية، حيث ترى هذه النظرية أن الإرادة النفسية (القصد) شيء كامن في النفس، لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون، وإنما الإرادة التي تنتج أثرًا قانونيًا هي الإرادة في =

وهذه الدلالة الظاهرة هو ما يسمى عند الفقهاء بالإيجاب والقبول، وقد اختلف الحنفية مع الجمهور في تحديد تعريف الإيجاب[١]، والقبول[٢].

= مظهرها الاجتماعي، لا في مكمنها، وهي تختلج في الضمير، ولا تأخذ الإرادة مظهرًا اجتماعيًا إلا عند الإفصاح عنها، فالعبر بهذا الإفصاح، إذ هو الشيء المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به، ويرتب أحكامه دون حاجة إلى البحث في هواجس النفس، وما تنطوي عليه من نيات.

ومع أن القانون الألماني يأخذ بالإرادة الظاهرة إلا أنه لا يعتد بها في مسائل مستثناة، منها: إذا صدرت الإرادة الظاهرة من عديم التمييز.

وكذلك لا يعتد بالإرادة الظاهرة في البيع الصوري، وسوف يأتي بحثه إن شاء الله تعالى في مسألة مستقلة، كما أنه يأخذ بالإرادة الباطنة في بعض حالات الغلط. انظر التراضي في عقود المبادلات المالية للدكتور الدريني (ص٢٥٩).

والثانية: نظرية الإرادة الباطنة: حيث تعتمد في العقد على إرادة المتعاقدين، وليس على ألفاظهما، فمادامت إرادة المتعاقدين هي التي تخلق الالتزام، فيجب البحث عن هذه الإرادة، وما مظهر التعبير عنها إلا دليلًا عليها، فإذا قام دليل على أن المظهر المادي (اللفظ أو الفعل) لا يتفق مع الإرادة النفسية فلا بعبأ بالمظهر؛ لأنه المظهر مجرد عرض، والنية هي الجوهر.

وسادت هذه النظرية بصفة أساسية في التشريعات الفرنسية، وأخذ بها القانون المصري واللبناني. انظر نظرية العقد - السنهوري (١/ ١٦٧)، النظرية العامة للالتزام - د توفيق فرج، الدكتور جلال العدوي (ص٨٣).

(١) الإيجاب لغة من وجب الشيء يجب وجوبًا بالضم: إذا ثبت ولزم. واستوجبه: استحقه. ووجب البيع جِبة ك (عدة) وأوجبت البيع، فوجب، وأوجب لك البيع أو أوجبه هو إيجابًا. انظر لسان العرب (١/ ٧٩٣)، تاج العروس (٢/ ٤٦٣)، مختار الصحاح (ص٢٩٥).

(٢) والقبول لغة: من قبل يقبله قبولًا،، وقَبَلت بفلان وقَبِلت به.

وقَبِلْتُ الْعَقْدَ أَقْبَلُهُ مِنْ بَابِ تَعِبَ قَبُولًا بِالْفَتْحِ وَالضَّمُّ لُغَةٌ حَكَاهَا ابْنُ الأَعْرَابِيِّ، وَقَبِلْتُ الْقَوْلَ: صَدَّقْتُهُ. وَقَبِلْتُ الْهَدِيَّةَ أَخَذْتُهَا.

وَقَبِلَتْ الْقَابِلَةُ الْوَلَدَ: تَلَقَّتْهُ عِنْدَ خُرُوجِهِ قِبَالَةً بِالْكَسْرِ، وَالْجَمْعُ قَوَابِلُ وَامْرَأَةٌ قَابِلَةٌ وَقَبِيلٌ أَيْضًا. وَقَبِلَ اللَّهُ دُعَاءَنَا وَعِبَادَتَنَا وَتَقَبَّلَهُ. انظر لسان العرب (١١/ ٥٣٦)، المصباح المنير (ص٤٨٨).

فقيل: الإيجاب: ما يذكر أولًا من كلام أحد المتعاقدين، ولا فرق بين أن يقع الكلام من البائع أو يقع من المشتري.

والقبول: ما يذكر ثانيًا من الآخر، وهذا مذهب الحنفية(١).

وقيل: الإيجاب: هو اللفظ الصادر من قبل البائع، كقول البائع: بعتك، أو ملكتك أو نحوهما.

والقبول: هو اللفظ الصادر من المشتري، كقوله: اشتريت، أو قبلت، أو تملكت، وهذا مذهب الجمهور(٢).

وهذا الكلام خلاف اصطلاحي ليس له أثر فقهي اللهم إلا فيمن يخالف في تقدم القبول على الإيجاب في بعض الحالات، فمن جعل الكلام الأول هو الإيجاب مطلقًا سواء صدر من البائع أو المشتري لا تأتي مسألة تقدم القبول على الإيجاب في تفريعاته، ومن جعل القبول هو لفظ المشتري خاصة، تكلم في مسألة تقدم القبول على الإيجاب، كما سيأتي إن شاء الله تعالى بيان حكمه مفصلًا في مباحث مستقلة.

---

(١) فإذا قال البائع: قد بعتك هذا المتاع والمشتري قال: اشتريته، أو قال المشتري: اشتريت منك هذا المتاع بكذا، فقال البائع: وأنا قد بعتك إياه، فكما أن كلام البائع في الصورة الأولى إيجاب وفي الثانية قبول، فكلام المشتري في الصورة الثانية إيجاب وفي الأولى قبول أيضا. انظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٦، ٥٠٧)، والمادة (١٠١) من مجلة الأحكام العدلية، وتبيين الحقائق (٤/ ٣).

(٢) انظر في مذهب المالكية: مواهب الجليل (٤/ ٢٢٨)، حاشية الدسوقي (٣/ ٣)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب (٢/ ١٣٩).

وانظر في مذهب الشافعية: البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ١٥)، روضة الطالبين (٣/ ٣٣٨).

وانظر في مذهب الحنابلة: المبدع (٤/ ٤)، وكشاف القناع (٣/ ١٤٦)، المغني (٤/ ٤).

الفصل الأول
في أقسام الإيجاب والقبول

المبحث الأول
في انقسام الإيجاب والقبول إلى صريح وكناية

تنقسم ألفاظ الإيجاب والقبول إلى صريح وكناية(١):

ويدور الصريح على معنيين لدى الفقهاء:

المعنى الأول: الصريح بمعنى: الخالص، ومنه قوله في الحديث: (هذا صريح الإيمان) أي خالصه(٢).

فيكون معنى اللفظ الصريح في البيع: هو اللفظ الذي يستعمل في البيع خاصة دون غيره، كقوله: بعت، وقول المشتري: اشتريت.

---

(١) الصريح في اللغة: ، قال ابن فارس: الصاد والراء والحاء، أصل منقاس، يدل على ظهور الشيء وبروزه. انظر معجم مقاييس اللغة (٣/ ٣٤٧).
وهو مأخوذ من صرح الشيء بالضم، صراحة، وصروحة.
والعربي الصريح: هو خالص النسب. والجمع: صرحاء.
وصرح بما في نفسه - بالتشديد - أخلصه للمعنى المراد، أو أذهب عنه احتمالات المجاز والتأويل.
والكناية: قال ابن فارس: الكاف والنون والحرف المعتل، يدل على تورية عن اسم بغيره، يقال: كنيت عن كذا: إذا تكلمت بغيره مما يستدل به عليه، وكنوت أيضًا. انظر معجم مقاييس اللغة (٥/ ١٣٩).
ومنه قول الشاعر: وإني لأكنو عن قذور بغيرها وأعرب أحيانًا بها فأصارح

(٢) رواه مسلم (١٣٢).

وهذا يوافق مذهب الشافعية.

يقول السيوطي: «الصريح: اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق، ويقابله الكناية»[١].

ولذلك لا يعتبرون اللفظ صريحًا إذا لم يرد في الشرع استعماله، وإن شاع استعماله في العرف.

يقول الزركشي: «وأما ما لم يرد في الكتاب والسنة، ولكن شاع في العرف كقوله لزوجته: أنت علي حرام، فإنه لم يرد شرعًا الطلاق به، وشاع في العرف إرادته، فوجهان، والأصح التحاقه بالكناية»[٢].

المعنى الثاني: الصريح بمعنى البين الواضح، ومنه قوله: صرح فلان بالقول: إذا بينه وقصد الإخبار عنه.

فيكون معنى اللفظ الصريح في البيع: ما يفهم منه لفظ البيع مما يستعمل فيه كثيرًا وإن استعمل في غيره، مثل جعلته لك، وخذه، وتسلمه[٣]، وهو لك، والله يربحك فيه؛ لأن هذه الألفاظ وإن استعملت في البيع وغيره إلا أنه قد كثر استعمالها في البيع وعرفت به، فصارت بينة وواضحة في بابها، كالغائط الذي وضع للمطمئن من الأرض، ثم استعمل على وجه المجاز في إتيان قضاء الحاجة، فكان فيه أبين وأشهر منه فيما وضع له، وكذلك في مسألتنا مثله[٤].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٩٣).

(٢) المنثور في القواعد (٢/ ٣٠٦، ٣٠٧).

(٣) انظر إعانة الطالبين (٣/ ٣).

(٤) ويقول الباجي في المنتقى (٧/ ٦): «الصريح في كلام العرب على وجهين:
أحدهما: أن يريد بالصريح الخالص، الذي يستعمل في الطلاق دون غيره، أو وضع له دون غيره، ولذلك روي في الحديث: (هذا صريح الإيمان) أي خالصه. =

وهذا هو مذهب الجمهور في تعريف الصريح من الكناية:

يقول الكاساني الحنفي: «الصريح اسم لما هو ظاهر المراد، مكشوف المعنى عند السامع، من قولهم صرح فلان بالأمر: أي كشفه وأوضحه، وسمي البناء المشرف صرحًا لظهوره على سائر الأبنية»[(١)].

وعرف الكاساني كناية الطلاق: بأنه كل لفظ يستعمل فيه وفي غيره[(٢)].

وذكر القرافي المالكي في تعريف الصريح بأنه: كل لفظ يدل على معنى لا يحتمل غيره إلا على وجه البعد.

والكناية: هي اللفظ المستعمل في غير موضعه لغة[(٣)].

وقال ابن قدامة: «الصريح في الشيء ما كان نصًا فيه، لا يحتمل غيره إلا احتمالًا بعيدًا»[(٤)].

= والوجه الثاني: أن يريد بالصريح البين، من قولهم: صرح فلان بالقول: إذا بينه، وقصد الإخبار عنه، فإذا قلنا: إن معنى الصريح الخالص فمعنى قولنا: صريح الطلاق: أن هذا لفظ وضع لهذا المعنى دون غيره أو يستعمل فيه دون غيره، فإن الصريح لفظ الطلاق خاصة؛ لأنه موضوع له دون غيره، ويكون معنى كنايات الطلاق: ما وضع له أو لغيره أو يستعمل في هذا المعنى وفي غيره، كلفظ سرحتك وفارقتك وخليتك.... فإن قلنا: إن معنى الصريح البين، فإن الصريح من الطلاق: ما يفهم منه لفظ الطلاق مما يستعمل فيه كثيرًا كفارقتك وسرحتك وخليتك وبنت منك وأنت حرام؛ لأن هذه الألفاظ وإن استعملت في الطلاق وغيره إلا أنه قد كثر استعمالها في الطلاق وعرفت به، فصارت بينة واضحة في إيقاع الطلاق، كالغائط الذي وضع للمطمئن من الأرض، ثم استعمل على وجه المجاز في إتيان قضاء الحاجة، فكان فيه أبين وأشهر منه فيما وضع له، وكذلك في مسألتنا مثله».

(١) بدائع الصنائع (٣/ ١٠١).
(٢) المرجع السابق (٣/ ١٠٥).
(٣) الفروق (٣/ ١٥٢).
(٤) المغني (٧/ ٢٩٤).

وهذا التعريف نفس تعريف القرافي.

هذا هو التعريف الاصطلاحي للصريح والكناية، وبيان الخلاف بين الجمهور والشافعية.

وكما قسم الفقهاء التعبير إلى صريح وكناية، قسم فقهاء القانون التعبير عن الإرادة إلى صريح، وضمني، أو مباشر وغير مباشر(١).

---

(١) وفي تعريف الصريح والضمني قولان:

الأول: يرى أن الفرق بين التعبير الصريح والضمني يرجع إلى استعمال الأسلوب المألوف وغير المألوف.

فالتعبير يكون صريحًا إذا كان أسلوب الإفصاح عن الإرادة من قول أو كتابة، أو إشارة، أو نحو ذلك من الأساليب الموضوعة للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس.

أو يقال: التعبير الصريح: هو التعبير الذي لم يقصد به إلا غرض واحد، هو الإفصاح عن الإرادة.

ويكون التعبير ضمنيًا إذا لم يكن أسلوب الإفصاح من بين الأساليب التي ألف الناس استعمالها للكشف عن الإرادة، ولكن لا يمكن تفسيره إلا بافتراض وجود هذه الإرادة، مثل ذلك أن يتصرف شخص في شيء ليس له، ولكن عرض عليه أن يشتريه، فذلك دليل على أنه قبل الشراء، إذ يتصرف تصرف الملاك، وكالدائن يسلم سند الدين للمدين، فهذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين، ما لم يثبت عكس ذلك.

أو يقال: التعبير الضمني: هو التعبير الذي يقصد به غرض آخر غير الكشف عن الإرادة، ولكنه يؤدي إلى الإفصاح عن الإرادة.

والقول الثاني: يرى أن التعبير الصريح: هو التعبير المباشر، والضمني: هو التعبير غير المباشر.

فالتعبير المباشر: هو سواء كان قولًا أو كتابة أو إشارة هو الذي يقصد به إيصال العلم بالإرادة مباشرة إلى من توجه إليه هذه الإرادة.

وغير المباشر: هو الذي لا يراد به إيصال العلم بالإرادة مباشرة، بل يستدل به بطريق غير مباشر على وجود هذه الإرادة. انظر نظرية العقد - السنهوري (١/ ١٥٢ - ١٥٤)، مصادر الالتزام في القانون الأردني. الدكتور أنور سلطان (ص٤٧). =

الفرع الأول
اللفظ الصريح هل هو عرف أو شرعي

[م - ٣٣] نتيجة لاختلاف الجمهور مع الشافعية في تعريف الصريح، اختلفوا فيما تثبت به الصراحة.

فالجمهور يرون أن الصريح يثبت بغلبة الاستعمال في العرف.

جاء في حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: «الصريح ما كان ظاهر المراد لغلبة الاستعمال»(١).

وفي حاشية ابن عابدين: «الصريح ما غلب في العرف استعماله»(٢).

= وإذا عرفنا هذا التقسيم لدى القانونيين، فإن القانون لا يشترط طريقًا خاصًا للتعبير عن الإرادة:

يقول السنهوري: «لا يشترط القانون في الأصل طريقًا خاصًا في التعبير عن الإرادة، فأي مظهر من مظاهر التعبير صريحًا كان أو ضمنيًا، مباشرًا كان أو غير مباشر يصح». انظر نظرية العقد (١/ ١٥٠).

وفي القانون الأردني: «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، وبالإشارة المعهودة عرفًا، ولو من غير الأخرس، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على التراضي». انظر المادة (٩٣) مدني.

فالأصل في القانون أنه يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا إلا في حالتين:

الأولى: أن ينص القانون أو القضاء على أن يكون التعبير صريحًا في بعض الحالات، ويراد من ذلك تنبيه العاقد قبل التعاقد إلى وجه الخطر فيما هو مقدم عليه، فلا يبرم الأمر إلا بعد التروي، وإلا بعد أن تصدر منه إرادة صريحة.

الثاني: أن يتفق الطرفان على أن يكون التعبير صريحًا، كما لو اتفق المؤجر مع المستأجر على أنه لا يجوز لهذا الأخير إحداث تغيير في العين المؤجرة إلا بإذن صريح من المؤجر.

انظر نظرية العقد (١/ ١٥١)، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (ص٤٦).

(١) تبيين الحقائق (٢/ ١٧٩).

(٢) حاشية ابن عابدين (٣/ ٢٥٢).

ويقول القرافي: «إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك، لا تجره على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده، وأَجره عليه، وأفته به، دون عرف بلدك، والمقرر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبدًا ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين، والسلف الماضين، وعلى هذه القاعدة تتخرج أيمان الطلاق والعتاق، وصيغ الصرائح والكنايات، فقد يصير الصريح كناية يفتقر إلى نية، وقد يصير الكناية صريحًا مستغنيا عن النية»[١].

ويقول في موضع آخر: «ثم الكناية تنقسم إلى ما غلب استعماله في العرف في الطلاق، فيلحق بالصريح في استغنائه عن النية... لقيام الوضع العرفي مقام الوضع اللغوي»[٢].

ويقول ابن القيم رحمه الله: «فكون اللفظ صريحًا أو كناية أمر يختلف باختلاف عرف المتكلم، والمخاطب، والزمان، والمكان، فكم من لفظ صريح عند قوم، وليس بصريح عند آخرين، وفي مكان دون مكان، وزمان دون زمان، فلا يلزم من كونه صريحًا في خطاب الشارع أن يكون صريحًا عند كل متكلم، وهذا ظاهر»[٣].

بينما الشافعية يرون أن مأخذ الصريح ورود الشرع، ولذلك مر علينا قول الزركشي: «وأما ما لم يرد في الكتاب والسنة، ولكن شاع في العرف كقوله لزوجته: أنت علي حرام، فإنه لم يرد شرعًا الطلاق به، وشاع في العرف إرادته، فوجهان، والأصح التحاقه بالكناية»[٤].

---

(١) الفروق (١/ ١٧٦، ١٧٧).

(٢) المرجع السابق (٣/ ١٥٦).

(٣) إعلام الموقعين (٢/ ٢٤).

(٤) المنثور في القواعد (٢/ ٣٠٦، ٣٠٧)، يمكن أن نقول: إن مذهب الشافعية في الصريح =

والصحيح رأي الجمهور، وأن مرد الصريح والكناية إلى العرف خاصة في باب المعاملات؛ لأن المعتبر في ذلك مقاصد الناس، وما يختارون في الدلالة عليها من الألفاظ، ولم نتعبد بلفظ شرعي لا يجوز تجاوزه.



= والكناية يمكن أن يقسم إلى قسمين:

الأول: ما ورد في الشرع استعماله من ألفاظ العقود والفسوخ وما جرى مجراهما، فهو من الألفاظ الصريحة؛ لأن عرف الشرع هو المتبع.

الثاني: ما لم يرد في الكتاب والسنة.

فإن شاع على ألسنة حملة الشرع، وكان هو المقصود من العقد، كلفظ التمليك في البيع، ولفظ الفسخ في الخلع، فالأصح عندهم أنه من الصريح.

وإن شاع في العرف فقط، كقول الرجل لزوجته: أنت علي حرام، ويقصد به الطلاق، فالأصح عندهم التحاقه بالكناية، هذا هو ملخص مذهب الشافعية. انظر المنثور في القواعد (٢/ ٣٠٦، ٣٠٧).

الفرع الثاني
الفرق بين الصريح والكناية

جاء في موسوعة القواعد والضوابط الفقهية: الصريح إذا صادف محله لم تؤثر النية فيه(١).

وقال الزركشي: الصريح لا يحتاج إلى نية(٢).

[م - ٣٤] والصريح يقع عند الجمهور مطلقًا، نوى أو لم ينو.

يقول ابن ملك الحنفي: «الصريح يستغني عن النية، كقولك بعت، واشتريت، فإن المقصود حاصل بهما، نوى أو لم ينو، كالطلاق والعتاق»(٣).

ويقول السيوطي: «الصريح لا يحتاج إلى نية، والكناية لا تلزم إلا بنية»(٤).

والكناية إن اقترنت بها دلالة حالية، وقع بدون نية، لأنها والحالة كذلك بمنزلة الصريح، وإن لم يكن هناك دلالة حالية لا يقع لفظ الكناية إلا مقترنًا بالنية(٥).

---

(١) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية. الندوي (٢/ ٢١٥) نقلًا من الغاية القصوى (٢/ ٨٢٨).

(٢) المنثور في القواعد الفقهية (٢/ ٣١٠).

(٣) شرح ابن مالك (٣/ ٥).

(٤) الأشباه والنظائر (ص٢٩٣).

(٥) يقول القرافي في الفروق (١/ ١٧٧): «قد يصير الصريح كناية يفتقر إلى النية، وقد يصير الكناية صريحًا مستغنية عن النية». فهذا النص فيه التصريح بأن لفظ الكناية لا يستغني عن النية.
ويقول صاحب الإنصاف (٨/ ٣٩٤):
«إذا طلبت الخلع، وبذلت العوض فأجابها بصريح الخلع أو كنايته صح الخلع من غير نية؛ لأن دلالة الحال من سؤال الخلع وبذل العوض صارفة إليه فأغنى عن النية.
وإن لم تكن دلالة حال، وأتى بصريح الخلع، وقع من غير نية... =

وسبب افتقار الكناية إلى النية أن الكناية تحتمل أكثر من معنى، فافتقرت إلى النية لتعيين المراد.

يقول القرافي: «والنية إنما يحتاج إليها لتمييز المراد من غير المراد في اللفظ المتردد، أما ما هو صريح بوضع لغوي أو عرفي فينصرف بصراحته لما وضع له من غير احتياج إلى نية، وما لم يغلب استعماله من الكنايات فهو مجاز على أصله، والمجاز يفتقر إلى النية الناقلة عن الحقيقة إليه؛ لأنها الأصل، ولم ينسخها عرف»(١).

[م - ٣٥] وهل يكتفى في التعبير الصريح بمجرد صدور اللفظ، أو لابد من قصد المعنى؟ في ذلك خلاف:

قال في شرح التلويح على التوضيح:

«الصريح لا يحتاج إلى النية، يعني: أن الحكم الشرعي يتعلق بنفس الكلام، أراده، أو لم يرده، حتى لو أراد أن يقول: سبحان الله، فجرى على لسانه أنت طالق، أو أنت حر، يقع الطلاق أو العتاق، نعم لو أراد في أنت طالق رفع حقيقة القيد يصدق ديانة لا قضاء»(٢).

وقيل: لابد من قصد اللفظ، واستشكل هذا، بأننا إذا اعتبرنا القصد (النية) لم يكن هناك فرق بين الصريح والكناية.

قال الزركشي: «وقد استشكل هذا بقولهم: يشترط قصد حروف الطلاق

= وإن أتى بكناية لم يقع إلا بنية ممن تلفظ به منهما ككنايات الطلاق مع صريحه قاله المصنف والشارح وغيرهما».

(١) الفروق (٣/ ١٥٦).

(٢) شرح التلويح على التوضيح (١/ ٢٣٤).

لمعنى الطلاق، وعلى هذا فلا فرق بين الصريح والكناية، وقد تكلموا في وجه الجمع بكلام كثير، وأقرب ما يقال فيه: أن معنى قولهم: (الصريح لا يحتاج إلى نية) أي: نية الإيقاع؛ لأن اللفظ موضوع له، فاستغنى عن النية. أما قصد اللفظ فيشترط لتخرج مسألة سبق اللسان، ومن ها هنا يفترق الصريح والكناية، فالصريح يشترط فيه أمر واحد: وهو قصد اللفظ.

والكناية يشترط فيها أمران: قصد اللفظ، ونية الإيقاع. وينبغي أن يقال: أن يقصد حروف الطلاق للمعنى الموضوع له ليخرج أنت طالق من وثاق»[1].



(١) المنثور في القواعد الفقهية (٢/ ٣١٠).

الفرع الثالث
تقسيم الإشارة إلى صريح وكناية

[م - ٣٦] انفرد الشافعية في تقسيم الإشارة إلى صريح وكناية:

يقول الغزالي رَحِمَهُ اللهُ: «أما الإشارة فهي معتبرة من الأخرس، وتنقسم إلى صريح وكناية.

فالصريح: ما يتفق الكافَّة على فهمه.

والكناية: ما يفطن له بعض الناس»(١).

فإشارة الأخرس كالبيان، تلزمه أحكامها، ويجوز نكاحه بها، وطلاقه، وعتاقه، وبيعه، وشراؤه، إلى غير ذلك من الأحكام،

والدليل على ذلك أن الإشارة كانت بيانًا في الشرع من القادر، فما ظنك بالعاجز، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام كان أفصح العرب، ومع هذا أنبأ بالإشارة، بقوله: (الشهر هكذا). الحديث(٢).

وقوله تعالى عن مريم ﴿فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ قَالُوا كَيْفَ نُكَلِّمُ مَن كَانَ فِي الْمَهْدِ صَبِيًّا﴾ [مريم: ٢٩].

حيث فهم بنو إسرائيل كلام مريم من إشارتها، وأنكروا عليها كيف تطلب منهم أن يكلموا صبيًا في المهد، مثله لا يتكلم عادة.

❁ ❁ ❁

---

(١) الوسيط (٥/ ٣٧٨).

(٢) انظر تبيين الحقائق (٦/ ٢١٨).

الفرع الرابع
في قول البائع هو لك بكذا

[م -٣٧] قوله: (هو لك بكذا) هل يعتبر من الصريح أو من الكناية؟

اعتبر الشافعية: قول البائع: هو لك بكذا من الكناية[١].

بينما صرح ابن تيمية رحمه الله بأن مذهب مالك وأحمد بأن دلالة الحال في الكنايات تجعلها صريحة، ويقوم مقام إظهار النية[٢].

فقوله: (هو لك بكذا) فكونه يربط الملك بذكر العوض دليل على أنه أراد البيع، ولم يرد الهبة أو أي عقد آخر، وهذا بمنزلة الصريح، كما أن من دلالة الحال كون الناس في سوق تعرض فيه البضائع للبيع، فيقول صاحب البضاعة: هو لك بكذا، فمثل هذا يجعل هذا اللفظ من قبيل اللفظ الصريح، وليس من قبيل الكنايات.



---

(١) جاء في إعانة الطالبين (٣/ ٣): «قوله: (هو لك بكذا) اختلف فيه، هل هو صريح أو كناية؟ والمعتمد الثاني». بينما اعتبر المؤلف نفسه في الصفحة نفسها أن قوله: وهبتك ذا بكذا أنه من قبيل الصريح، وأي فرق بين العبارتين، فإن كلمة هو لك ظاهر فيها معنى الهبة، كقوله: وهبتك، وذكر الثمن في الحالين كان يجب أن يجعل اللفظ من قبيل الصريح، والله أعلم.

(٢) الفتاوى الكبرى (٤/ ٩).

الفرع الخامس
عرض البضائع مع بيان أثمانها إيجاب بمنزلة الصريح

[م - ٣٨] لا يشترط في الإيجاب أن يكون موجهًا إلى شخص معين بالذات، بل يصح الإيجاب ولو كان موجهًا لشخص غير معين، كالإيجاب الموجه للجمهور؛ وذلك لأن الموجب لا يعنيه شخص من يوجه إليه الإيجاب، ولا يهمه إلا أن يبيع سلعته لأي شخص يتقدم لشرائها بالثمن الذي حدده لها.

ومن صوره:

عرض البضائع مع بيان أثمانها إيجاب بمنزلة الصريح، وإن لم يكن موجهًا لشخص بذاته.

وقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المعدة لذلك يلحق بالصريح(١).

ومنه ما يعرض في بعض الأسواق من نشرات شهرية تحمل أسعارًا مخفضة لبضائع محددة، ويكون الإيجاب فيها محددًا تارة بالمدة، فيقال: العرض سار من تاريخ كذا، إلى تاريخ كذا، وتارة يقال: العرض سار إلى نفاذ الكمية، فهذا إيجاب صريح مكتوب.

فإن كان العرض مطلقًا غير محدد بالزمن فليس على التاجر أن يكون مقيدًا بالثمن المكتوب في الإعلان، أو في النشرة إذا مضى بين صدور هذه الكتابة

---

(١) انظر الوسيط - مصادر الالتزام (١/ ١٨٨)، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة - الزرقاء (ص٣١٣).

ووصول قبول العميل وقت يمكن أن تتغير فيه الأسعار، أو كانت هناك ظروف خاصة اقتضت تغير الأسعار تغيرًا فجائيًا سريعًا[١].

ومنه **الإيجاب بطريق الإعلانات والنشر** المتعامل بها إذا قامت دلائل تفيد قطعًا أن المراد به الإيجاب، وأما عند الشك فلا تعتبر إيجابًا، وإنما تعتبر دعوة إلى التفاوض[٢].



(١) نظرية العقد - السنهوري (١/ ٢٥٦)، وانظر مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - الدكتور أنور سلطان (ص٤٨).

(٢) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة - الزرقاء (ص٣١٣).

الفرع السادس
صلاحية الكنايات لإنشاء العقود وغيرها

[م - ٣٩] إذا عرفنا الفرق بين الصريح والكناية، فلا إشكال بأن الألفاظ الصريحة ينعقد بها البيع، ولكن السؤال المتبادر، ما مدى صلاحية ألفاظ الكناية لإنشاء العقود المالية، فهل يتوقف انعقادها على الألفاظ الصريحة فقط، أو يمكن أن تنعقد بالكناية أيضًا؟

في هذا خلاف بين الفقهاء:

فقيل: تصلح الكنايات لإنشاء الطلاق والخلع ونحوهما، وهذا مذهب الجمهور.

والعقود المالية من بيع ونحوه مقيس عليهما(١)، وذلك لأن الفقهاء جعلوا أحكام الصريح والكناية في باب الطلاق أصلًا(٢)، ولا يعني هذا اختصاصه بالحكم، بل غيره من التصرفات مقيس عليه.

يقول ابن ملك الحنفي: «الصريح يستغني عن النية، كقولك بعت،

---

(١) يلحظ الباحث أن كلام الفقهاء في الصريح والكناية أغلبه في باب الطلاق، يقاس عليه غيره من التصرفات، يقول ابن ملك الحنفي في شرحه (٣/ ٥): «الصريح يستغني عن النية، كقولك بعت، واشتريت، فإن المقصود حاصل بهما، نوى أو لم ينو، كالطلاق والعتاق».

ويقول الرملي الشافعي في نهاية المحتاج (٣/ ٣٨٤) في باب البيع: «لابد من قصد اللفظ لمعناه، كما في نظيره من الطلاق».

(٢) ولعل السبب الذي حمل الفقهاء أن يبحثوا ألفاظ الصريح والكناية في باب الطلاق كثرة الألفاظ التي استعملها الناس في الطلاق، وكثير منها من باب الكنايات، مما حمل الفقهاء إلى دراسة ألفاظ الناس في هذا الباب، ولا يعني قصرها على باب الطلاق.

واشتريت، فإن المقصود حاصل بهما، نوى أو لم ينو، كالطلاق والعتاق»[١].

ويقول الرملي الشافعي في باب البيع: «لا بد من قصد اللفظ لمعناه، كما في نظيره الطلاق»[٢].

ويقول الباجي المالكي: «ليس للإيجاب والقبول لفظ معين وكل لفظ أو إشارة فهم منه الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود إلا أن في الألفاظ ما هو صريح لا يحتمل التأويل مثل أن يقول البائع بعتك هذا الثوب بدينار فيقول المبتاع قد قبلت أو يقول المبتاع قد ابتعت منك هذا الثوب بدينار فيقول البائع قد بعته منك فهذا يلزم به العقد المتبايعين، وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم البيع بها بمجردها حتى يقترن بها عرف أو عادة أو ما يدل على البيع..»[٣].

وفي إعانة الطالبين: «صرح بالصيغة بقوله: بإيجاب وقبول... ثم هي على قسمين: صريح وكناية.

والأول: مما دل على التمليك أو التملك دلالة ظاهرة، مما اشتهر، وكرر على ألسنة حملة الشرع، كبعتك، وملكتك...

والثاني: ما احتمل البيع وغيره، كجعلته لك، وخذه، وتسلمه...»[٤].

كما صرح الفقهاء بأن ألفاظ القذف تنقسم إلى صريح وكناية[٥].

---

(١) شرح ابن مالك (٣/ ٥).
(٢) نهاية المحتاج (٣/ ٣٨٤).
(٣) المنتقى (٤/ ١٥٧).
(٤) إعانة الطالبين (٣/ ٣).
(٥) الإنصاف (١٠/ ٢١٠)، كشاف القناع (٦/ ١٠٩).

وقسم الفقهاء ألفاظ العتق إلى صريح وكناية مما يدل على أن التقسيم ليس خاصًا في باب الطلاق[١].

وعللوا ذلك بأن العتق إزالة ملك، فانقسم إلى صريح وكناية، ومقتضى التعليل إلحاق البيع به بالحكم بجامع أن كلًا منهما إزالة ملك[٢].

كما أن الوقف إزالة لملك الواقف، وقد قسموا ألفاظه أيضًا إلى صريح وكناية[٣].

وذكر ابن مفلح في الفروع بأن جميع العقود والشروط، إطلاق الاسم فيها يتناول المنجز والمعلق، والصريح والكناية، ونسب ذلك لابن تيمية[٤].

وذهب ابن حزم رحمه الله إلى أن لفظ الكناية لا يقع به بيع ولا طلاق[٥].

يقول ابن حزم: ولا يجوز البيع إلا بلفظ البيع، أو بلفظ الشراء، أو بلفظ يعبر به عن سائر اللغات عن البيع. . .[٦].

---

(١) العناية شرح الهداية (٤/ ٤٣٢، ٤٣٣)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٥٧٤).
(٢) المبدع (٦/ ٢٩٢)، المغني (١٠/ ٢٧٨).
(٣) منار السبيل (٢/ ٦)، دليل الطالب (١/ ١٦٦).
(٤) الفروع (٤/ ٦٢).
(٥) المحلى (مسألة: ١٤١٥)، قال ابن حزم: «لا يقع الطلاق إلا بلفظ من أحد ثلاثة ألفاظ: إما الطلاق وإما السراح، وإما الفراق. . . .» ثم قال: «وما عدا هذه الألفاظ فلا يقع به طلاق البتة - نوى به طلاقًا أو لم ينو - لا في فتيا، ولا في قضاء، مثل الخلية، والبرية، وأنت مبرأة، وقد بارأتك، وحبلك على غاربك، والحرج، وقد وهبتك لأهلك. . . وهذه ألفاظ مختلفة الفتيا عن نفر من الصحابة رضي الله عنهم، ولم يأت فيها عن رسول الله ﷺ شيء أصلًا، ولا حجة في كلام غيره عليه الصلاة والسلام، لا سيما في أقوال مختلفة ليس بعضها أولى من بعض. .». انظر مسألة (١٩٥٧ و ١٩٥٨).
(٦) المحلى (مسألة: ١٤١٦) (٧/ ٢٣٢).

☐ دليل الجمهور على أن الكنايات معمول بها في العقود:

(ح-١٦) ما رواه البخاري من طريق الأوزاعي، قال: سألت الزهري أي أزواج النبي ﷺ استعاذت منه، قال: أخبرني عروة عن عائشة ﵄ أن ابنة الجون لما أدخلت على رسول الله ﷺ، ودنا منها قالت: أعوذ بالله منك فقال لها: **لقد عذت بعظيم، الحقي بأهلك**(١).

(ح-١٧) وروى البخاري من طريق ابن شهاب، عن عبد الرحمن بن عبد الله بن كعب بن مالك، أن عبد الله بن كعب بن مالك - وكان قائد كعب من بنيه حين عمي - قال: سمعت كعب بن مالك يحدث حين تخلف عن قصة تبوك، وفي الحديث: حتى إذا مضت أربعون ليلة من الخمسين إذا رسول رسول الله ﷺ يأتيني، فقال: إن رسول الله ﷺ يأمرك أن تعتزل امرأتك. فقلت: أطلقها أم ماذا أفعل؟ قال: لا بل اعتزلها، ولا تقربها، وأرسل إلى صاحبي مثل ذلك، فقلت لامرأتي: الحقي بأهلك فتكوني عندهم حتى يقضي الله في هذا الأمر(٢).

وجه الاستدلال من الحديثين:

لفظ: «**الحقي بأهلك**» استعملها الرسول ﷺ في الطلاق، واستعملها كعب في الاعتزال، وليس في الطلاق، وهذا دليل على أن اللفظ ليس صريحًا، وإنما هو من قبيل الكناية، فإن نوى به الطلاق وقع، وإن نوى به شيئًا آخر لم يقع، والله أعلم.

الدليل الثاني:

(ث-٢) ما رواه البخاري من طريق سعيد بن جبير.

---

(١) البخاري (٥٢٥٤).

(٢) البخاري (٤٤١٨)، ومسلم (٢٧٦٩).

قال ابن عباس في حديث طويل، وفيه: جاء إبراهيم بعدما تزوج إسماعيل، فسأل امرأته عنه.... وفي الحديث، فقال إسماعيل: هل جاءكم من أحد، قالت: نعم، جاءنا شيخ كذا وكذا، فسألنا عنك، فأخبرته، وسألني كيف عيشنا، فأخبرته أنا في جهد وشدة، قال: فهل أوصاك بشيء؟ قالت: نعم، أمرني أن أقرأ عليك السلام، ويقول: غير عتبة بابك. قال: ذاك أبي، وقد أمرني أن أفارقك، الحقي بأهلك، فطلقها... الحديث[(١)]..

وجه الاستدلال منه كالاستدلال من الحديث السابق.

الدليل الثالث:

عقود المعاوضات مبنية على الرضا، فإذا تحقق حصل المقصود، والكناية إذا صاحبتها النية دلت على المراد، حيث تقوم النية بتعيين أحد الاحتمالين أو الاحتمالات الواردة.

❑ دليل ابن حزم على عدم اعتبار ألفاظ الكناية في العقود

استدل ابن حزم بقوله تعالى: ﴿وَعَلَّمَ ءَادَمَ ٱلْأَسْمَآءَ كُلَّهَا﴾ [البقرة ٣١].

وقال تعالى: ﴿إِنْ هِىَ إِلَّآ أَسْمَآءٌ سَمَّيْتُمُوهَآ أَنتُمْ وَءَابَآؤُكُم﴾ [النجم ٢٣].

فأخذ من الآيتين أن الأسماء توقيفية، لاسيما أحكام الشريعة التي لا يجوز فيها الإحداث، ولا تعلم إلا بالنصوص،

وقد قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

فصرح باسم البيع، فمتى أخذ مال بغير الاسم الذي أباح الله تعالى به أخذه كان باطلًا بنص القرآن، قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

(١) البخاري (٣٣٦٤).

ولا خلاف بين المسلمين من أن رجلًا لو قال لرجل أقرضني هذا الدينار، وأقضيك دينارًا إلى شهر، أو لم يحد وقتًا فإنه حسن وأجر وبر.

وعندنا إن قضاه دينارين، أو نصف دينار فقط، ورضي كلاهما فحسن.

ولو قال: بعني هذا الدينار بدينار إلى شهر، أولم يسم أجلًا، فإنه ربا وإثم وحرام، وكبيرة من الكبائر، والعمل واحد، وإنما فرق بينهما الاسم فقط[1].

وهذا القول من ابن حزم لاشك أنه من أضعف الأقوال، وهو يتسق مع جمود الظاهرية، لكنه مخالف للنصوص، ولعمل الناس من لدن الصحابة إلى يومنا هذا، وقياس البيع على القرض قياس مع الفارق، والذي فرق بينهما المعنى، وليس ظاهر الأسماء، فعقد البيع يقصد به المعاوضة والربح، وعقد القرض يقصد به الإرفاق والإحسان، ولذلك اغتفر فيه ما لا يغتفر في البيع، وقوله: إن البيع مثل الربا والذي فرق بينهما هو الاسم فقط مخالف للمنصوص والمعقول، فالله يقول على لسان أهل الجاهلية ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، فأي فرق بين هذا القول وبين قول ابن حزم عفى الله عنه، فقال الله ﷻ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ولو كان الربا والبيع في المعنى واحدًا، لكان حكمهما واحدًا أيضًا، فإن الله لا يفرق بين متماثلين، ولا يجمع بين متفرقين إلا لحكمة بالغة، فلما فرق بين البيع وبين الربا علم أن هناك فرقًا بينهما ولابد، ولذلك اعتبر الشرع الربا من الظلم البين، ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٩].

إذا خلصنا أن ألفاظ البيع منها ما هو صريح وكناية، فاعلم أن صيغ الصريح والكناية التي وردت في كلام الفقهاء، هي الماضي والمضارع والأمر، والاستفهام، ولفظة (نعم) والجملة الإسمية، وسيأتي تفصيلها إن شاء الله تعالى.

---

(١) المحلى (مسألة: ١٤١٥).

المبحث الثاني
في انقسام الصيغة إلى قولية وفعلية

يقول الباجي: «**كل لفظ أو إشارة فهم منه الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود...**»(١).

[م - ٤٠] ذهب الجمهور إلى أن الإيجاب والقبول يطلق على الصيغة القولية فقط، مثل: بعني هذا بعشرة، فتقول: قبلت، وأن المعاطاة ونحوها من إشارة أوكتابة لا يطلق عليها إيجابًا ولا قبولًا(٢).

وقيل: إن الإيجاب والقبول اسم لكل تعاقد بين طرفين، فإن إثباته يسمى

---

(١) المنتقى (٤/ ١٥٧).

(٢) يقول الكاساني في البدائع (٥/ ١٣٣): «البيع قد يكون بالقول، وقد يكون بالفعل، أما القول فهو المسمى بالإيجاب والقبول....».
ويقول الشيرازي في المهذب المطبوع مع المجموع (٩/ ١٩٠): «ولا ينعقد البيع إلا بالإيجاب والقبول، فأما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع..».
ويقول ابن قدامة في المغني (٤/ ٣ - ٤): «والبيع على ضربين:
أحدهما: الإيجاب والقبول، فالإيجاب: أن يقول: بعتك.... والقبول: أن يقول: أشتريت...
الضرب الثاني: المعاطاة....». فلم يجعل المعاطاة من قبيل الإيجاب والقبول.
وفي الإنصاف (٤/ ٢٦٤): «وله - يعني البيع - صورتان: أحدهما الإيجاب والقبول، فيقول البائع بعتك، أو ملكتك ونحوهما... ويقول المشتري: ابتعت أو قبلت.... والصورة الثانية: المعاطاة....» ثم علق المرداوي على هذا بقوله: «كلام المصنف كالصريح في أن بيع المعاطاة لا يسمى إيجابًا وقبولًا، وصرح به القاضي وغيره، فقال: الإيجاب والقبول للصيغة المتفق عليها، قال الشيخ تقي الدين: عبارة أصحابنا وغيرهم تقتضي أن المعاطاة ونحوها ليست من الإيجاب والقبول...».

إيجابًا، والتزامه يسمى قبولًا. وهو مذهب المالكية(١)، واختيار ابن تيمية(٢).

وهو الصواب الموافق للغة، وأما قصر الجمهور الإيجاب والقبول على الصيغة القولية فهو تخصيص عرفي من لدن هؤلاء الفقهاء، وليس تخصيصًا شرعيًا، يقول الكاساني في بدائع الصنائع: «أما القول، فهو المسمى بالإيجاب والقبول في عرف الفقهاء...»(٣).

وجاء في النكت على المحرر:

«قال الشيخ تقي الدين (ابن تيمية): عبارة أصحابنا وغيرهم تقتضي أن المعاطاة ونحوها ليست من الإيجاب والقبول، وهذا تخصيص عرفي، فالصواب الاصطلاح الموافق للغة وكلام المتقدمين: أن لفظ الإيجاب والقبول يشتمل على صور العقد قولية أو فعلية»(٤).

---

(١) يقول الباجي في المنتقى (٤/ ١٥٧): «وكل لفظ أو إشارة فهم منه الإيجاب والقبول لزم به البيع، وسائر العقود...».

(٢) الإنصاف (٤/ ٢٦٤)، النكت على المحرر (١/ ٢٦٠).

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٣).

(٤) النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر (١/ ٢٦٠).

وقد وافقت القوانين رأي المالكية وابن تيمية، ففي القانون الأردني مثلًا أشارت المادة ٩٤/ ١ مدني أردني بقولها: «يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجابًا».

ونصت المادة ١٨٠/ ٢ موجبات لبناني على أنه: «ويعد سكوت مشتري البضائع بعد استلامها قبولًا للشروط المعنية في بيان الحساب (الفاتورة).

«إذا بقي المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار، قد يكون في هذا إيجاب ضمني منه بتجديد العقد، فإذا سكت المؤجر اعتبر سكوته قبولًا لهذا الإيجاب، وتجدد عقد الإيجار «(م/ ٣٨٦/ ٤٧١/ ١٧٥٩ و ١٧٧٦) من القانون المصري انظر نظرية العقد - السنهوري (١/ ١٥٩).

وفي الكتاب نفسه (١/ ١٥٤، ١٥٥): «والإيجاب الصريح كما يكون بالكلام والكتابة =

لأن الإيجاب والقبول حقيقته هو كناية عن إرادة المتعاقدين، والتعبير عن هذه الإرادة يأخذ صورًا مختلفة، فقد يكون باللفظ، أو بالكتابة، أو بالإشارة المعبرة عن الإرادة، أو بتبني موقفًا لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على المقصود، كما هو الشأن في سيارات الأجرة التي تقف في مكان مخصوص تنتظر الركاب.

يقول الباجي: «كل لفظ أو إشارة فهم منه الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود...»[(١)].

فجعل اللفظ والإشارة معبرة عن الإيجاب والقبول الذي هو إرادة المتعاقدين، ولم يجعل اللفظ نفسه هو الإيجاب والقبول حتى يقال باختصاص الإيجاب والقبول بالصيغة القولية.

ويقول الحطاب في مواهب الجليل: «ما يدل على الرضا من البائع، ويسمى الإيجاب، وما يدل على الرضا من المشتري، ويسمى القبول، سواء كان الدال قولًا... أو كان فعلًا كالمعاطاة»[(٢)].

وما دام إطلاق الإيجاب والقبول على الصيغة اللفظية اصطلاحًا عرفيًا، وليس تخصيصًا شرعيًا، فالمسألة سهلة المأخذ، فالاصطلاح بين أهل الاختصاص لا مشاحة فيه، وإنما اقتضى الأمر التنبيه عليه.

= والإشارة على النحو الذي تقدم، يكون كذلك باتخاذ موقف يفهم منه الإيجاب صراحة، فعرض التاجر لبضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجابًا صريحًا».

فهذا النص صريح بأن الكلام والكتابة والإشارة والفعل كله يطلق عليه إيجاب، فهو ليس مختص بالصيغة اللفظية.

ويقول السنهوري في الكتاب نفسه (١/ ١٥٦): «وقد يكون القبول صريحًا، كالتاجر الذي يقبل طلبًا من عميل له، فيرسل إليه ما يطلبه، ويكون هذا الإرسال قبولًا صريحًا..».

(١) المنتقى (٤/ ١٥٧).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٢٢٨).

المبحث الثالث
في بيان الصيغ القولية

الفرع الأول
الإيجاب والقبول بصيغة الماضي

المسألة الأولى
في صيغة الماضي المجرد من الاستفهام

[م - ٤١] صيغة الماضي المجردة من الاستفهام ينعقد بها العقد باتفاق الفقهاء، حكاه غير واحد من الفقهاء كالدسوقي، والصاوي، والخطيب، وابن قدامة، وغيرهم، لاسيما إذا لم يتقدم القبول على الإيجاب، كقول البائع (بعت) وقول المشتري (اشتريت).

قال الدسوقي: «الماضي ينعقد به البيع اتفاقًا، ولا عبرة بقول من أتى به، أنه لم يرد البيع أو الشراء، ولو حلف»(١).

وقال الصاوي: «الماضي لما كان دالًا على الرضا من غير احتمال، انعقد البيع به من غير نزاع»(٢).

وقال في مغني المحتاج: «ولو قال: اشتريت هذا منك بكذا، فقال: بعتك، انعقد إجماعًا»(٣).

---

(١) حاشية الدسوقي (٣/ ٣).

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١٦).

(٣) مغني المحتاج (٢/ ٥)، وانظر الإنصاف (٤/ ٢٦١)، المغني (٤/ ٣).

واعتبروا صيغة الماضي من اللفظ الصريح:

فقد صرح الحنفية إلى أن صيغة الماضي لا تحتاج إلى نية[١]. وهذا شأن الألفاظ الصريحة.

وقال الحطاب المالكي: «في الألفاظ ما هو صريح، مثل بعتك بكذا، فيقول: قبلت»[٢].

وسبب الاعتداد بالماضي مطلقًا دلالة صيغته على الحال، فالفعل الماضي يدل على تحقق الوقوع، وذلك أنسب في الدلالة على إنشاء العقد حيث يدل على أن صاحبه قد تخطى مرحلة التفكير والتردد، والمفاوضة والمساومة إلى مرحلة الجزم والقطع والبت والحسم.

فإن قيل: إن الماضي بعت واشتريت صيغ للإخبار عن الماضي، فهو خبر، وليس إنشاء وإحداثًا.

قيل: وإن كانت صيغة الماضي صيغة إخبارية إلا أن المراد به الإنشاء قطعًا، لأن الرجل إذا قال: بعتك بكذا لو كان يقصد الإخبار لكان كاذبًا حيث لم يقع بيع ولا شراء، فالإنشاء هو المتبادر إلى الذهن، والنكتة في هذا أن الماضي إذا سيق للإنشاء يكون من باب التوكيد على تحقق الفعل، وكون الفعل في إيجاده وتحقق وقوعه واقع كالماضي، وهو مستعمل في كتاب الله تعالى، قال تعالى: ﴿وَنُفِخَ فِي ٱلصُّورِ﴾ [الكهف: ٩٩].

وقال تعالى: ﴿أَتَىٰٓ أَمۡرُ ٱللَّهِ فَلَا تَسۡتَعۡجِلُوهُۚ﴾ [النحل: ١]، فعبر عن النفخ بالصور بصيغة الماضي للتوكيد على أن ذلك واقع لا محالة.

---

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ٤).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٢٢٩).

ولذلك لا تجد في نفسك أن رجلًا لو قال لامرأته: (أنت طالق) أنه يحسن تصديقه أو تكذيبه، باعتبار الصيغة خبرية، وإنما يدرك بالضرورة أن الجملة إنشائية.

فالعرف يقتضي أن يكون الماضي تعبيرًا صريحًا عن الإنشاء وإحداث العقد.

يقول الكاساني: «هذه الصيغة وإن كانت للماضي وضعًا لكنها جعلت إيجابًا للحال في عرف أهل اللغة والشرع، والعرف قاض على الوضع»[1].



---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٣)، وانظر تحفة الفقهاء (٢/ ٢٩)، شرح فتح القدير (٦/ ٢٤٩).

المسألة الثانية
في صيغة الماضي المقرون بالاستفهام

[م - ٤٢] إذا جاء الماضي مقرونًا بالاستفهام، كأن يقول المشتري: هل تبيعني هذا بعشرة؟ فقال البائع: بعتك. فهل يقع البيع؟

صرح الحنفية والحنابلة بأن البيع لا يقع، وحكوا في ذلك الاتفاق.

قال الكاساني: «ولا ينعقد - يعني البيع - بصيغة الاستفهام بالاتفاق، بأن يقول المشتري للبائع: . . . . أبعته مني بكذا؟ فقال البائع: بعت، لا ينعقد ما لم يقل المشتري: اشتريت» قال الكاساني: «لأن هذه الصيغة وإن كانت للماضي وضعًا لكنها جعلت إيجابًا للحال في عرف أهل اللغة والشرع، والعرف قاض على الوضع»(١).

ويقول ابن قدامة في الكافي: «وإن أتى بلفظ الاستفهام، فقال: أبعتني ثوبك، فقال: بعتك، لم يصح متقدمًا ولا متأخرًا - يعني تقدم القبول أو تأخر- لأنه ليس بقبول ولا استدعاء»(٢).

وذكر في المغني بأنه لا يعلم خلافًا في هذا(٣).

وزاد في الإنصاف: حتى يقول بعد ذلك: ابتعت، أو قبلت، أو اشتريت(٤).

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٣)، وانظر أسنى المطالب (٢/ ٣).
(٢) الكافي (٢/ ٣).
(٣) المغني (٤/ ٤)، وانظر كشاف القناع (٣/ ١٤٧).
(٤) الإنصاف (٤/ ٢٦٢).

فإن كانت المسألة إجماعًا كما حكوا فالقول مسلم للإجماع، ولعلهم أجمعوا على ذلك، لأن العرف في زمنهم كان لا يقبل مثل ذلك إيجابًا، وليس مرد الاتفاق إلى الصيغة، وإن كان الإجماع لا يصح فالقول بالمنع مطلقًا حتى لو كان هناك عرف متبع قول ضعيف(١)، وسيأتي في آخر البحث بعد أن نحرر مذاهب أهل العلم في ألفاظ الإيجاب والقبول بأن القول الراجح أن البيع ليس له لفظ خاص، وأن الحقيقة العرفية مقدمة على الحقيقة اللغوية، بل ومقدم على الحقيقة الشرعية لو وجدت في مثل هذه الأبواب؛ لأن المتبع هو ما يفهمه المتعاقدان مما تعارفا عليه، وكان معبرًا عن إرادتهما بوضوح لا لبس فيه ولا إشكال، بأي لفظ كان من ماض أو مضارع أو أمر، أو جملة اسميه أو معاطاة، أو غير ذلك، وسواء تقدمه استفهام أو لم يتقدمه، إذا كشف ذلك بوضوح عن إرادة المتعاقدين، فقد تم البيع، والله أعلم.

ولذلك قد تجد صيغة الماضي صالحة لإنشاء بعض العقود، وغير صالحة لإنشاء عقود أخرى، والصيغة هي الصيغة، ومرد ذلك إلى العرف.

---

(١) ومما يكشف لك ضعفه، أن المالكية يجيزون الانعقاد بصيغة الاستفهام، ولكن المثال المطروح هو في الفعل المضارع، فإذا كان الفعل المضارع المقرون بالاستفهام يصلح أن يكون الإيجاب صالحًا، فالماضي من باب أولى، لأنهم اختلفوا في صلاحية المضارع المجرد عن الاستفهام، ولم يختلفوا في الماضي المجرد عن الاستفهام بكونه صالحًا للإيجاب.

جاء في مواهب الجليل (٤/ ٢٣٠): «إذا قال: المشتري: أتبيع سلعتك بكذا؟ فقال البائع: نعم، أو بعتكها، فقال المشتري: ما أردت الشراء، فهو كمسألة السوم... كما صرح به ابن رشد في المذهب، وكما يفهم ذلك من كلام أبي إسحاق التونسي، وأبي الحسن وغيرهما، بل هي أحرى بعدم اللزوم».

قلت: الراجح في مسألة السوم عند المالكية الحلف أنه ما أراد الشراء، وإلا لزم كالمضارع.

يقول القرافي: «إن الشهادة تقع بالمضارع دون الماضي واسم الفاعل، فيقول الشاهد: أشهد بكذا عندك... ولو قال: شهدت بكذا... لم يقبل منه، والبيع يصح بالماضي دون المضارع عكس الشهادة، فلو قال: أبيعك بكذا، أو قال: أبايعك بكذا، لم ينعقد البيع عند من يعتمد على مراعاة الألفاظ كالشافعي...» ثم بين القرافي سبب ذلك «وسبب هذه الفروق بين الأبواب النقل العرفي من الخبر إلى الإنشاء، فأي شيء نقلته العادة لمعنى صار صريحًا في العادة لذلك المعنى بالوضع العرفي، فيعتمد عليه الحاكم لصراحته، ويستغني المفتي عن طلب النية معه لصراحته بالوضع...»(١).

❊ ❊ ❊

(١) الفروق (١/ ٥٣).

الفرع الثاني
في الإيجاب والقبول بصيغة المضارع

[م - ٤٣] العقود تحتاج إلى صيغة تدل على إرادة إنشاء العقد في الحال، ولذا لم يختلف الفقهاء في دلالة الفعل الماضي على الرضا لكون صيغته متمحضة للحال.

وكذا لم يختلفوا بأن المضارع المقرون بالسين أو سوف، مثل قوله: سأبيع، أو سوف أبيع أن ذلك لا يصلح لإنشاء العقود؛ لأن صيغته متمحضة للاستقبال، فلا تفيد إلا مجرد الوعد بالعقد(١).

وأما المضارع غير المقترن بالسين وسوف فإنه يحتمل الحال ويحتمل الاستقبال، وقد اختلف النحاة في كونه حقيقة فيهما، أو في أحدهما، أو مشتركًا على أقوال ليس هذا مجال ذكرها،

ولما كانت صيغة المضارع تحتمل الأمرين (الحال والاستقبال) اختلف الفقهاء هل يصح الإيجاب والقبول بها؟

فقيل: ينعقد البيع بصيغة المضارع مع نية الحال، أو وجود قرينة تدل على الحال، نحو قوله: أبيعك الآن.

---

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية، مادة (١٧١)، فتح القدير (٦/ ٢٥١)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ١٢٠)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥١١).

وانظر في مذهب الشافعية: الحاوي الكبير (٥/ ٤١)، أما الحنابلة فإنهم يمنعون انعقاد البيع بصيغة المضارع مطلقًا، سواء اقترن بالسين أو سوف أو لم يقترن، انظر الفروع (٤/ ٤)، مطالب أولي النهى (٣/ ٦).

وهذا رأي جمهور الحنفية[١]، وجمهور الشافعية[٢].

وقيل: إن الإيجاب والقبول يصح بالفعل المضارع، ويلزم به، لكن لو قال: إنه لم يرد البيع، حلف، ولم يلزمه، فإن أبى أن يحلف لزمه. وهذا مذهب المالكية[٣].

وقيل: لا يصح الإيجاب والقبول بالفعل المضارع، اختاره بعض المتقدمين من الحنفية[٤]، وهو المشهور من مذهب الحنابلة[٥].

❑ دليل من قال: يصح الإيجاب بالفعل المضارع مع النية أو القرينة.

المطلوب أن تدل الصيغة على الحال، فإن تمحض للمستقبل كما لو دخل على المضارع حرف السين أو سوف، كقوله: سأبيعك، أو سوف أبيعك لم ينعقد؛ لأن لفظ المستقبل إن كان من جانب البائع كان عدة لا بيعًا، وإن كان من جانب المشتري كان مساومة، وكل ذلك لا يعتبر إيجابًا.

وإن تمحض المضارع للحال كان إيجابًا صالحًا، كما لو وجدت نية الحال، أو قرينة لفظية، أو عرف.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٣)، العناية شرح الهداية (٦/ ٢٥٠)، شرح فتح القدير (٦/ ٢٥٠)، البحر الرائق (٥/ ٢٨٥).

(٢) اعتبر الشافعية المضارع من ألفاظ الكناية، ويلزم من ذلك اشتراط النية؛ لأن الكناية عندهم تحتاج إلى نية كما تقدم.
انظر إعانة الطالبين (٤/ ٣٢٤)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ١٩٣)، وفي حاشية البجيرمي (٢/ ١٦٧): «لو أتى بالمضارع في الإيجاب، كأبيعك، أو في القبول: كأقبل صح، لكنه كناية». وانظر فتاوى الرملي (٣/ ٢٨٥)، حاشية الجمل (٣/ ٧).

(٣) مواهب الجليل (٤/ ٢٣١)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤).

(٤) العناية شرح الهداية (٦/ ٢٥٠)، البحر الرائق (٥/ ٢٧٩).

(٥) النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر (١/ ٢٥٢)، كشاف القناع (٣/ ١٤٧)، الإنصاف (٤/ ٢٦٢).

فاعتبار الحال بالنية، يقول الكاساني: «اعتبرنا النية هاهنا، وإن كانت صيغة أفعل للحال هو الصحيح؛ لأنه غلب استعمالها للاستقبال إما حقيقة أو مجازًا، فوقعت الحاجة إلى التعيين بالنية»[١].

وأما اعتبار القرينة اللفظية كقولك: أبيعك الآن، لأن النية إذا كانت معتبرة في الدلالة على الحال، كان التصريح بها لفظًا أولى بالاعتبار[٢].

وأما دلالة العرف على الحال، فيقول ابن نجيم في البحر الرائق «في القنية إنما يحتاج إلى نية إذا لم يكن أهل البلد يستعملون المضارع للحال، لا للوعد والاستقبال، فإن كان كذلك كأهل خوارزم لا يحتاج إليها»[٣].

□ دليل المالكية على انعقاد البيع بالمضارع إلا إن ادعى أنه لم يرد البيع.

ذكروا أن صيغة المضارع ليست حقيقة في نقل الملكية لتطرق الاحتمالات إليها، فليست إيجابًا باتًا، ولذلك إذا ادعى أنه لم يرد البيع قبل قوله مع اليمين، فإن كانت هناك قرينة كالمساومة عمل بها، ولم يقبل قوله، بخلاف الماضي فإنها لما كانت لا يتطرق إليها الاحتمالات انعقد بها البيع حتى لو ادعى أنه لم يرد البيع، والله أعلم.

□ دليل من قال: لا ينعقد بالمضارع مطلقًا.

اعتبر الحنابلة أن المضارع من قبيل الوعد، يقول صاحب كشاف القناع: «لو قال البائع بعتك بكذا، فقال المشتري: أنا آخذه بذلك، لم يصح: أي لم ينعقد البيع؛ لأن ذلك وعد بأخذه»[٤].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٣).
(٢) انظر حاشية ابن عابدين (٤/ ٥١١).
(٣) البحر الرائق (٥/ ٢٨٥).
(٤) كشاف القناع (٣/ ١٤٧)، وانظر مطالب أولي النهى (٣/ ٦)، الفروع (٤/ ٤).

ويناقش:

بأن الحنابلة أجازوا كما سيأتي انعقاد البيع بصيغة الأمر؛ لدلالة العرف، فلماذا لا يجيزون المضارع للعلة نفسها، بل إن المضارع أولى بالقبول، فإن المضارع يدل على الحال، والأمر إنما يدل على الاستقبال.

ولذلك جاء في شرح الخرشي: «المضارع دلالته على البيع والشراء أقوى من دلالة الأمر؛ لأنه يدل على الحال، بخلاف الأمر فإنه لا يدل عليه اتفاقًا»[(١)].

❑ الراجح:

سيأتي في آخر بحوث ألفاظ الإيجاب والقبول تحرير القول الراجح إن شاء الله تعالى، وأن البيع ليس له لفظ معين، وينعقد بكل ما يعبر عن إرادة المتعاقدين، ويدل على تحقق الرضا المطلوب من كل منهما.



---

(١) الخرشي (٥/ ٧).

الفرع الثالث
في الإيجاب والقبول بصيغة الأمر

[م - ٤٤] اختلف الفقهاء في انعقاد البيع بصيغة الأمر، كما لو قال البائع: اشتر مني هذا بعشرة، فقبل المشتري، أو قال المشتري: بعني هذا بكذا، فقال البائع: بعتك.

فقيل: لا ينعقد البيع بصيغة الأمر، وهذا مذهب الحنفية(١)، ووجه في مذهب الشافعية(٢)، وقول في مذهب الحنابلة(٣).

وقيل: ينعقد البيع بفعل الأمر، وهذا مذهب المالكية(٤)، والأظهر عند الشافعية(٥)، والقول المشهور في مذهب الحنابلة(٦).

واختلف المالكية، هل صيغة الأمر من الصريح فلا تحتاج إلى نية كالماضي، أو أنها من ألفاظ الكناية، فتحتاج إلى نية، أو قرينة، فلو ادعى المتلفظ بصيغة الأمر أنه لم يرد إنشاء العقد صدق في دعواه إذا حلف؛ لأن الصيغة كنائية، قولان في مذهب المالكية، والمعتمد الأول(٧).

---

(١) أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٢٤٦)، المبسوط (١٢/ ١٠٩)، .
(٢) المجموع (٩/ ١٩٨).
(٣) الإنصاف (٤/ ٢٦٣).
(٤) المنتقى للباجي (٤/ ١٥٧)، .
(٥) المجموع (٩/ ١٩٨)، تحفة المحتاج (٤/ ٢٢١)، التنبيه (ص٨٧)، السراج الوهاج (ص١٧٣).
(٦) المغني (٤/ ٤)، كشاف القناع (٣/ ١٤٧)، مطالب أولي النهى (٣/ ٥، ٦).
(٧) مواهب الجليل (٤/ ٢٢٩، ٢٣٠)، الخرشي (٥/ ٧)، حاشية الدسوقي (٣/ ٣، ٤).

❑ دليل من قال: لا ينعقد.

الدليل الأول:

قالوا: إن قوله: بعني سوم، وأمر بالبيع، وليس بإيقاع للعقد، والأمر بالبيع ليس ببيع.

الدليل الثاني:

إنشاء العقد يحتاج إلى صيغة تدل على الحال، كالماضي، والمضارع مصحوبًا بنية الحال، وأما صيغة الأمر فهي متمحضة للاستقبال، فلا تصلح الصيغة أن تكون دالة على إنشاء العقد.

❑ دليل من قال: ينعقد البيع.

الدليل الأول:

ليس في الشرع ما يدل على اشتراط صيغة مخصوصة، بل علق الأمر على وجود الرضا من الطرفين.

الدليل الثاني:

القياس على النكاح، فإذا كان النكاح ينعقد بصيغة الأمر، كما لو قال الخاطب: زوجنيها، فقال: زوجتك[١]، فكذلك في البيوع من باب أولى؛ لأن الاحتياط في النكاح أشد منه في البيوع.

(ح -١٨) فقد روى البخاري من طريق مالك، عن أبي حازم، عن سهل بن سعد قال جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله إني قد وهبت لك

---

(١) أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٢٤٦)، الأم (٥/ ٣٨)، المحلى (٧/ ٢٣٣)، الإنصاف (٨/ ٥٠).

من نفسي فقال رجل زوجنيها قال: **قد زوجناكها بما معك من القرآن**. ورواه مسلم، واللفظ للبخاري[١].

الدليل الثالث:

(ح-١٩) ما روى البخاري من طريق عامر قال: حدثني جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن كان على جمل له قد أعيا، فمر النبي ﷺ، فضربه، فدعا له، فسار سيرًا بسير ليس يسير مثله، ثم قال: بعنية بأوقية فبعته... الحديث[٢].

الدليل الرابع:

(ح-٢٠) ما رواه البخاري من طريق سفيان، حدثنا عمرو، عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كنا مع النبي ﷺ في سفر، فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني فيتقدم أمام القوم فيزجره عمر ويرده، ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده، فقال النبي ﷺ لعمر: بعنيه. قال هو لك يا رسول الله. قال: بعنيه، فباعه من رسول الله ﷺ، فقال النبي ﷺ: **هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت**[٣].

وجه الاستدلال:

صدور الإيجاب من الرسول ﷺ بلفظ الأمر، وانعقاد البيع بذلك.

❑ الراجح:

أن البيع ينعقد بلفظ الأمر، وبكل لفظ دل على حصول الرضا من الطرفين، وعبر عن إرادتهما، وسيأتي في آخر البحث إن شاء الله تعالى أدلة القول الراجح، هل يشترط للبيع لفظ معين.

---

(١) البخاري (٢٣١١)، ومسلم (١٤٢٥).
(٢) صحيح البخاري (٢٧١٨)، ورواه مسلم (٧١٥).
(٣) البخاري (٢١٦٦).

الفرع الرابع
في الإيجاب والقبول بالجملة الاسمية

[م - ٤٥] إذا تضمنت الجملة الاسمية فعلًا أخذت حكم هذا الفعل، فجملة (أنا أشتري) حكمها حكم (أشتري).

وقد مثل الدردير المالكي للفعل المضارع بكلمة «أنا أشتريها بكذا»(١).

وإذا لم تتضمن فعلًا فقد تأخذ الجملة حكم الصريح إذا دلت على الرضا من غير احتمال، وقد تأخذ حكم الكناية إذا كانت تحتمل البيع وغيره(٢).

وقد ذهب جماهير أهل العلم إلى انعقاد البيع في الجملة الاسمية من حيث الجملة، ما دامت تدل على المقصود، وإن اختلفوا في بعض الصيغ منها.

فينعقد البيع عند الحنفية بقول البائع: هو لك بألف، فيقول المشتري: قبلت، ولا ينعقد عندهم باسم الفاعل، كما لو قال: أنا مشتر هذا بألف، فقال: قبلت، وعللوا ذلك بجريان المساومة فيه(٣).

---

(١) الشرح الكبير مطبوع بهامش حاشية الدسوقي (٣/ ٤).

(٢) انظر التراضي في عقود المبادلات المالية (ص١٤٢).

(٣) ففي مذهب الحنفية: قال ابن الهمام في شرح فتح القدير (٥/ ٧٦): «إذا قال هذا عليك بألف، فقال: قد فعلت، أو قال: هو لك بألف إن وافقك، فقال: وافقني: انعقد».
وجاء في المجلة، مادة (١٧٢): قال المشتري أولًا: أخذت هذا الشيء بكذا غرشًا، وقال البائع: خذه، أو الله يبارك لك، وأمثاله، انعقد البيع».
وجاء في حاشية ابن عابدين (٣/ ١٢): «لو قال: أنا مشتر، أو جئتك مشتريًا، لا ينعقد البيع؛ لجريان المساومة فيه».
ولكن يشكل على هذا أن الحنفية يرون أن الفعل المضارع ينعقد به البيع إذا قصد به الحال، إما بنية أو بدلالة لفظية أو عرفية كما تقدم تحرير مذهبهم، فاسم الفاعل (أنا مشتر) يدل على الحال أكثر من الفعل المضارع خاصة إذا كان هناك قرينة قصد البيع، والله أعلم.

وأما المالكية، فقد قال خليل: «ينعقد البيع بما يدل على الرضا»(١).

قال الدسوقي تعليقًا في حاشيته: «بما يدل أي: عرفًا، سواء دل على الرضا لغة أيضًا، أو لا، فالأول: كبعت، واشتريت، وغيره من الأقوال. والثاني: كالكتابة والإشارة، والمعاطاة»(٢).

وجاء في حاشية الصاوي: «وحاصله أن المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضا عرفًا، وإن كان محتملًا لذلك لغة...»(٣).

وجاء في مواهب الجليل: «لو قلت له: أخذت منك غنمك هذه كل شاة بدرهم، فقال ذلك لك، فقد لزمك البيع»(٤).

كما ينعقد البيع عند الشافعية بقولك: هذا مبيع منك بكذا، أو أنا بائعه بكذا، واعتبروا ذلك من الألفاظ الصريحة(٥).

وصححوا البيع بقولك: هو لك بكذا، واعتبروا ذلك من ألفاظ الكناية، كما تقدم عند الكلام على الكنايات(٦).

وفي مذهب الحنابلة: «ولو قال المشتري: بعني كذا، فقال: بارك الله لك فيه، أو هو مبارك عليك... صح البيع للدلالة على المقصود»(٧).

جاء في الإنصاف: «اختار الشيخ تقي الدين ابن تيمية صحة البيع بكل ما عده

---

(١) مختصر خليل (ص١٦٨).
(٢) حاشية الدسوقي (٣/ ٣).
(٣) الشرح الصغير (٣/ ١٦).
(٤) مواهب الجليل (٤/ ٢٣١).
(٥) نهاية المحتاج (٣/ ٣٧٦).
(٦) المرجع السابق، الصفحة نفسها.
(٧) كشاف القناع (٣/ ١٤٧).

الناس بيعًا. . .»[١].

وقد جاء في السنة ما يدل على صلاحية الجملة الاسمية:

(ح-٢١) فقد روى البخاري من طريق سفيان، حدثنا عمرو، عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كنا مع النبي ﷺ في سفر، فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني فيتقدم أمام القوم فيزجره عمر ويرده، ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده، فقال النبي ﷺ لعمر: بعنيه. قال هو لك يا رسول الله. قال: بعنيه، فباعه من رسول الله ﷺ، فقال النبي ﷺ: **هو لك يا عبدالله بن عمر تصنع به ما شئت**[٢].

فقوله ﷺ: (هو لك) جملة اسمية، وقد صح عقد الهبة بها، فدل ذلك على صلاحيتها لإنشاء العقود.



(١) الإنصاف (٤/ ٢٦١) وما بعدها.

(٢) البخاري (٢١٦٦).

الفرع الخامس
في الإيجاب والقبول بكلمة نعم

قال البغوي: ألفاظ العقود على عادات الناس[١].

[م - ٤٦] تأتي كلمة نعم جوابًا على الاستفهام المثبت، قال تعالى: ﴿فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ﴾ [الأعراف: ٤٤].

فإذا وقعت كلمة (نعم) إيجابًا أو قبولًا، فهل ينعقد بها البيع، اختلف الفقهاء في هذا على أربعة أقوال:

الأول: الصحة مطلقًا.

الثاني: عدم الصحة مطلقًا. وهذا قولان متقابلان.

الثالث: يصح أن تكون كلمة (نعم) إيجابًا من البائع والمشتري، وأما في القبول فلا تصح إلا من البائع دون المشتري.

الرابع: التفريق بين أن تكون كلمة (نعم) خطابًا بين المتعاقدين مباشرة، فيصح، وبين أن تكون جوبًا للسمسار، ففيها قولان. وهذا التفصيل عند الشافعية، وقول في مذهب الحنابلة.

هذا ملخص الأقوال، وإليك التفصيل مع الأدلة:

❑ القول الأول:

قيل: يصح أن تقع كلمة (نعم) إيجابًا من البائع والمشتري، وأما في القبول فلا تصح إلا من البائع دون المشتري، وهذا مذهب الحنفية[٢].

---

(١) شرح السنة (٨/ ٢٩٤).

(٢) البحر الرائق (٥/ ٢٨٦)، وانظر شرح فتح القدير (٦/ ٢٥٢)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٥١١، ٥١٢).

وجهه:

أن لفظ (نعم) بعد الاستفهام لا تكون إلا إيجابًا، لأن الاستفهام لا يصح أن يكون إيجابًا عند الحنفية.

جاء في البحر الرائق: «ولو قال: أتبيعني عبدك هذا بألف؟ فقال نعم، فقال: أخذته، فهو بيع لازم، فوقعت كلمة نعم إيجابًا، وكذا تقع قبولًا فيما لو قال: اشتريت منك هذا بألف، فقال نعم»[١].

وإنما كان قول البائع (نعم) في الصورة الأولى هو الإيجاب، لأن قول المشتري: أتبيعني عبدك جاء في صورة استفهام، والاستفهام لا يصلح إيجابًا عند الحنفية، فلو لو يقل (أخذته) لم ينعقد البيع. وقد ناقشت صيغة الاستفهام، ومدى صلاحيتها في إنشاء العقود، بينما في الصورة الثانية كان قول البائع (نعم) هو القبول؛ لأن كلام المشتري لم يكن في صورة استفهام.

❑ القول الثاني:

قيل: تصح كلمة نعم في إنشاء العقود، وتقع في الإيجاب والقبول. وهذا مذهب المالكية، وقول عند الشافعية، وقول عند الحنابلة.

جاء في مواهب الجليل: «إذا قال المشتري: أتبيع سلعتك بكذا ؟ فقال له البائع: نعم. . . فقال: المشتري ما أردت الشراء فهو كمسألة السوم»[٢].

ومسألة السوم قال فيها الحطاب في الكتاب نفسه: «معنى المسألة: أن من أوقف سلعته في السوق للسوم، فقال له شخص: بكم تبيعها؟ فقال: صاحب السلعة بمائة مثلًا، فقال المشتري: أخذتها بها، فقال صاحب السلعة: ما أردت

---

(١) البحر الرائق (٥/ ٢٨٦).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٢٣١).

البيع، وإنما أردت اختبار ثمنها، أو كنت لاعبا ونحو ذلك، فإنه يحلف أنه ما أراد إيجاب البيع، فإن حلف لم يلزمه البيع، وإن لم يحلف لزمه»[١].

فمعنى هذا أن كلمة نعم ينعقد بها البيع، إلا أنها لما كانت محتملة، لم ينعقد بها البيع إذا حلف البائع بأنه لم يرد البيع، أما إذا لم يحلف فالبيع نافذ.

وقال السيوطي: «تقدم أن (نعم) كناية في قبول النكاح، فلا ينعقد به، وفي قبول البيع، فينعقد على الأصح، وينعقد به البيع في جواب الاستفهام جزمًا، وكأنه صريح»[٢].

فقوله (على الأصح) إشارة إلى القول الآخر في المذهب.

وجه القول بالصحة:

أن كلمة (نعم) جواب صريح، فإذا قال البائع للمشتري: نعم بعد سؤاله: أبعت سلعتك لي؟ فإن معنى الكلام: نعم بعتك، ولذلك لما قال الله تعالى: ﴿فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ﴾ [الأعراف: ٤٤]، أي وجدنا ذلك، فكان ذلك إقرارًا منهم بوجدان ما وعدهم ربهم.

وإذا كان الإنسان يؤخذ بالإقرار في كلمة (نعم)، فلو قيل لرجل: عليك ألف درهم، فقال: نعم، أخذ بإقراره، ففي البيوع من باب أولى.

❑ القول الثالث:

قيل: لا تصح لفظ (نعم) لا في إيجاب، ولا قبول، وهو قول عند الشافعية[٣].

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٢٣٣).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٠٢)، وانظر حاشية البجيرمي (٢/ ١٦٧).

(٣) إعانة الطالبين (٣/ ٥)، حاشية الجمل (٣/ ١٠)، حواشي الشرواني (٤/ ٢١٨، ٢١٩).

وجه عدم الانعقاد:

إذا قال المشتري: اشتريت منك هذا بكذا، فقال البائع: نعم، أو قال البائع: بعتك هذا، فيقول المشتري نعم، أن صيغة (نعم) في المثالين لم يسبقها التماس، فلا تكون جوابًا.

❑ القول الرابع:

يصح إن كان ذلك الخطاب بين المتعاقدين مباشرة، فإن كان بواسطة سمسار، ففيه قولان، أصحهما عند الشافعية الصحة، ، وهو قول في مذهب الحنابلة.

جاء في المجموع: «إذا قال السمسار المتوسط بينهما للبائع: بعت بكذا؟ فقال: نعم أو بعت، وقال للمشتري: اشتريت بكذا؟ فقال: نعم، أو اشتريت، فوجهان حكاهما الرافعي (أصحهما) عند الرافعي وغيره الانعقاد لوجود الصيغة والتراضي (والثاني) لا ينعقد لعدم تخاطبهما وبهذا قطع المتولي»(١).

وقال في المبدع: «قال الخاطب للولي: أزوجت؟ قال: نعم. وللمتزوج: أقبلت؟ قال: نعم. صح، ذكره الخرقي، ويحتمل ألا يصح»(٢).

والصحيح الصحة، لأن مخاطبة الوسيط قائمة مقام مخاطبة المالك؛ لأنه وكيله.

وسوف يأتي في آخر ألفاظ البيع أن الراجح أن العقد ينعقد بكل ما يدل على الرضا، وسوف نسوق أدلة هذا القول في آخر البحث دفعًا للتكرار.

---

(١) المجموع (٩/ ٢٠٠)، وانظر روضة الطالبين (٣/ ٣٤١)، حاشية الجمل (٣/ ١٠).

(٢) المبدع (٧/ ١٩)، وانظر الإنصاف (٨/ ٤٩).

المبحث الرابع
في بيان الصيغة الفعلية

الفرع الأول: في بيع المعاطاة

المسألة الأولى
في تعريف بيع المعاطاة وصوره

❑ **تعريفه:**

المعاطاة في البيع في اصطلاح الفقهاء[1]: هي أن يأخذ المشتري المبيع، ويدفع الثمن للبائع، أو يعطي البائع المبيع للراغب في الشراء، فيدفع الآخر الثمن، وذلك عن تراض منهما من غير إشارة ولا تكلم.

❑ **صور بيع المعاطاة:**

هناك صورتان في بيع المعاطاة:

---

(١) المعاطاة والإعطاء في اللغة: المناولة، مأخوذ من عطوت الشيء إذا تناولته.
وتعاطى الشيء: تناوله. وتعاطوا الشيء: تناوله بعضهم من بعض، وتنازعوه.
واستعطى: سأل العطاء. والتعاطي: تناول ما لا يحق ولا يجوز تناوله.
وفلان يتعاطى كذا: أي يخوض فيه، وقيل في قوله تعالى: ﴿فَتَعَاطَىٰ فَعَقَرَ﴾ [القمر: ٢٩]، أي قام على أطراف أصابع رجليه، ثم رفع يديه فضربها.
ورجل وامرأة معطاء: أي كثير العطاء، ومفعال: يستوي في المذكر والمؤنث.
فالمعاطاة إذًا تدور حول المناولة، لكن استعملها الفقهاء في مناولة خاصة.
انظر: لسان العرب (١٥/ ٦٨)، مختار الصحاح (ص١٨٥)، المطلع على أبواب المقنع (ص٢٢٨)، التعاريف (ص٥١٧).

الصورة الأولى:

أن يتم التعاطي من غير تكلم ولا إشارة من كلا الطرفين، وهذه الصورة لا نزاع فيها أنها من قبيل المعاطاة عند من يقول بجواز بيع المعاطاة، وسيأتي تحرير الخلاف في بيع المعاطاة إن شاء الله تعالى.

الصورة الثانية:

أن يتم التعاطي بتكلم أحد الطرفين، ويتم التسليم من قبل الطرف الآخر بلا كلام.

[م - ٤٧] وهذه الصورة قد اختلف الفقهاء في اعتبارها من بيع المعطاة، فالحنفية لم يعتبروها من بيع المعاطاة(١).

وذهب المالكية(٢)، والحنابلة(٣)، وبعض الحنفية، والنووي من الشافعية(٤)، إلى اعتبارها من المعاطاة.

واختار بعض الحنفية أن المعاطاة من جانب واحد يكون بإعطاء المبيع خاصة، دون الثمن(٥).

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٦، ٥٠٧)، تبيين الحقائق (٤/ ٣)، البحر الرائق (٥/ ٢٩١)، الفتاوى الهندية (٣/ ٩)، وانظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام (مادة: ١٧٥).

(٢) حاشية الدسوقي (٣/ ٣)، الشرح الصغير (٣/ ١٤).

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٤/ ٤): «الضرب الثاني، المعاطاة، مثل أن يقول: أعطني بهذا الدينار خبزًا، فيعطيه ما يرضيه، أو يقول: خذ هذا الثوب بدينار، فيأخذه، فهذا بيع صحيح، نص عليه أحمد».

(٤) قال النووي في المجموع (٩/ ١٩٢): «صورة المعاطاة التي فيها الخلاف السابق: أن يعطيه درهمًا أو غيره، ويأخذ منه شيئًا في مقابله، ولا يوجد لفظ، أو يوجد لفظ من أحدهما دون الآخر، فإذا ظهر - والقرينة وجود الرضى من الجانبين - حصلت المعاطاة، وجرى فيها الخلاف». وانظر الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٠).

(٥) البحر الرائق (٥/ ٢٩١).

❑ وجه قول الحنفية:

أن حقيقة التعاطي وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض منهما من غير لفظ، وهو يفيد أنه لا بد من الإعطاء من الجانبين لأنه من المعاطاة، وهي مفاعلة، فتقتضي حصولها من الجانبين كالمضاربة والمقاسمة والمخاصمة[١].

وقد يقال: إن المعاطاة ليست من الجانبين: بل الإعطاء من جانب والأخذ من جانب آخر.

❑ وجه قول الجمهور:

يمكن أن يقال: الإيجاب والقبول ركنا البيع، فإذا استغني عن القول في أحدهما مع أن لزوم البيع متوقف عليه، صدق عليه أنه من بيع المعاطاة.



(١) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

المسألة الثانية
خلاف العلماء في صحة بيع المعاطاة

قال ابن تيمية: البيع لا يفتقر إلى صيغة بل يثبت ذلك بالمعاطاة[١].

جاء في مجلة الأحكام العدلية: إمضاء البيع يكون بالقول والفعل الدال على الرضا[٢].

[م -٤٨] اختلف الفقهاء في صحة البيع بالتعاطي:

فقيل: يجوز مطلقًا. وهو مذهب الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، والحنابلة[٥]، واختاره بعض الشافعية[٦].

---

(١) انظر مجموع الفتاوى (٣١/ ٢٧٧ - ٢٧٨).

(٢) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٣٨٨).

(٣) تبيين الحقائق (٤/ ٤)، وبدائع الصنائع (٥/ ١٣٤)، ومجلة الأحكام العدلية (مادة: ١٧٥)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥١٤).

(٤) الخرشي (٥/ ٥)، شرح الزرقاني على مختصر خليل (٥/ ٣)، الشرح الصغير (٣/ ١٤)، حاشية الدسوقي (٣/ ٣).
إلا أن بعض المالكية قيده بما يجري به العرف والعادة، يقول صاحب فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك (٢/ ١٢٩): «مذهب السادة المالكية: أن الإعطاء إن جرت به العادة بعقد البيع به في الجليل والحقير انعقد به البيع، وإن لم تجر العادة بذلك فيهما فلا ينعقد به، وإن جرت العادة بذلك في الحقير دون الجليل انعقد به في الأول دون الثاني، قال ابن عمار المالكي: . . . ينبغي للمالكي الوقوف عند هذا، فإن العادة ما جرت قط بالمعاطاة في الأملاك والجواري ونحوهما. . .» اهـ

(٥) المبدع (٤/ ٢٦٠)، الكافي (٢/ ٣)، الفروع (٤/ ٤)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٦).

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٩)، وقال في المجموع (٩/ ١٩١): «واختار جماعة من أصحابنا جواز البيع بالمعاطاة فيما يعد بيعًا. . . .».

وقيل: لا يجوز مطلقًا.

وهو مذهب الشافعية[١]، وقول في مذهب الحنابلة، واختاره ابن حزم من الظاهرية[٢].

وقيل: يجوز في المحقرات دون الأشياء النفيسة، اختاره بعض الحنفية[٣]، وبعض الشافعية[٤]، وبعض الحنابلة[٥].

□ دليل من قال: يجوز البيع بالمعاطاة.

الدليل الأول:

الأصل في العقود الإباحة إلا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع، ولا دليل مع القائلين بتحريم بيع المعاطاة.

الدليل الثاني:

البيع مما تعم به البلوى، فلو كان الإيجاب والقبول شرطًا في صحته لبينه

---

(١) الوسيط (٣/ ٨)، روضة الطالبين (٣/ ٣٣٨)، المجموع (٩/ ١٩١).

(٢) الأنصاف (٤/ ٢٦٣)، الفروع (٤/ ٤).

وذهب ابن حزم رحمه الله تعالى إلى أن البيع لا يجوز إلا بلفظ البيع، أو بلفظ الشراء، أو بلفظ التجارة، أو بلفظ يعبر به في سائر اللغات عن البيع.... انظر مسألة ١٤١٥ من المحلى.

وهذا أضيق من مذهب الشافعية الذين يمنعون بيع المعاطاة، ويجيزون البيع بكل لفظ يدل عليه، فهو قصر الألفاظ بالعربية بثلاثة ألفاظ: البيع أو الشراء أو التجارة، أو ما يكون ترجمة لهذه الألفاظ في سائر اللغات، وهذا من المواضع التي فيها جمود ظاهر.

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٤)، البحر الرائق (٥/ ٢٩١ - ٢٩٣).

(٤) معالم القربة في طلب الحسبة (ص٦١).

(٥) الفروع (٤/ ٤).

النبي ﷺ بيانًا عامًا، ولم يخف حكمه، ولو بينه لنقل نقلًا شائعًا لكثرة وقوع البيع بينهم، ولأن عدم البيان يفضي إلى الوقوع في العقود الفاسدة، وأكل المال بالباطل، فلما لم ينقل عن النبي ﷺ، ولا عن أحد من أصحابه اشتراط الإيجاب والقبول، علمنا أنه ليس بشرط.

الدليل الثالث:

أن الله ﷻ أحل البيع، ولم يبين كيفيته، فوجب الرجوع فيه إلى العرف، كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق، وهكذا كل شيء ليس له حد في الشرع، وليس له حد في اللغة فالمرجع فيه إلى العرف.

الدليل الرابع:

عندما جاء الإسلام كان البيع موجودًا بين الناس، معلومًا عندهم، وإنما علق عليه الشارع أحكامًا، وأبقاه على ما كان، فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم، وما زال المسلمون يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر، ولم ينقل إنكاره قبل هؤلاء المخالفين، فدل على صحة ذلك البيع.

الدليل الخامس:

شرط صحة البيع وجود التراضي بين المتعاقدين، فإذا وجد ما يدل على التراضي من قرينة حالية أو فعلية قام مقام الألفاظ، وأجزأ ذلك، لعدم التعبد فيه.

الدليل السادس:

يقول الكاساني: البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة، وهي مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وحقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء، وإنما

قول البيع والشراء دليل عليهما، والدليل عليه قوله ﷻ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩]، والتجارة عبارة عن جعل الشيء للغير ببدل وهو تفسير التعاطي.

وقال - ﷻ - ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ ٱشۡتَرَوُاْ ٱلضَّلَٰلَةَ بِٱلۡهُدَىٰ فَمَا رَبِحَت تِّجَٰرَتُهُمۡ وَمَا كَانُواْ مُهۡتَدِينَ﴾ [البقرة: ١٦]، أطلق ﷻ اسم التجارة على تبادل ليس فيه قول البيع.

وقال الله ﷻ إن الله ﴿ٱشۡتَرَىٰ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ أَنفُسَهُمۡ وَأَمۡوَٰلَهُم بِأَنَّ لَهُمُ ٱلۡجَنَّةَۚ﴾ [التوبة: ١١١]، سمى ﷻ مبادلة الجنة بالقتال في سبيل الله - تعالى - اشتراء وبيعًا، لقوله تعالى في آخر الآية ﴿فَٱسۡتَبۡشِرُواْ بِبَيۡعِكُمُ ٱلَّذِي بَايَعۡتُم بِهِۦۚ﴾ [التوبة: ١١١]، وإن لم يوجد لفظ البيع، وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء..... كان التعاطي في كل ذلك بيعًا، فكان جائزًا[1].

❑ دليل من قال: لا يجوز بيع المعاطاة.

الدليل الأول:

الرضا شرط في صحة جميع التصرفات، ففي البيع قال تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩].

وفي التبرع قال تعالى: ﴿فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا﴾ [النساء: ٤].

والرضا عمل قلبي، لا يعلمه إلا الله، فهو أمر خفي فلا بد من لفظ يدل عليه، ويناط به الحكم، سواء كان مما يستقل به الإنسان كالطلاق والعتاق والعفو والإبراء، أو من غيره مما لا يستقل به وحده كالبيع والإجارة والنكاح ونحوها.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٤).

الدليل الثاني:

القياس على عقد النكاح، فإنه لا ينعقد إلا باللفظ[١]، وقد اتفقوا على اشتراط الصيغ فيه، حتى لا يعلم أنه وجد لأحد من العلماء قول بالمعاطاة البتة، وإنما اختلفوا هل ينعقد بغير لفظ التزويج والنكاح أو لا ينعقد إلا بخصوص لفظهما[٢].

وأجيب:

بأن هناك فرقًا بين عقد النكاح والبيع، فالشهادة في النكاح آكد منها في البيع، ولأن الأصل في السلع الإباحة حتى تملك، والأصل في الفروج التحريم حتى يعقد عليهن بملك أو نكاح، ولأن الحاجة عامة في البيع؛ حيث لا غنى للإنسان عن مأكول ومشروب ولباس بحيث لا يخلو مكلف غالبا من بيع أو شراء بخلاف النكاح إلى غيره من الفروقات[٣].

الدليل الثالث:

المعاطاة قد يراد بها البيع، وقد يراد بها الهبة، وقد يراد بها الإجارة، وقد يراد بها الرهن، وقد يدعي شخص أنه لم يرد به العقد مطلقًا، وعليه فلا يصلح أن يكون الإعطاء سببًا في التملك لكونه جنسًا يشمل أنواعًا مختلفة من العقود، وكل عقد يختلف آثاره عن العقد الآخر، فلا بد للبيع أن يكون بالقول الدال على تحديد كل عقد بعينه، وإلا أدى ذلك إلى وقوع النزاع بين المتعاقدين، وعدم معرفة الرضا الكامل الذي أناط الله به الجواز.

(١) المجموع (٩/ ١٩١).
(٢) انظر أنواع البروق في أنواع الفروق (٣/ ١٤٥).
(٣) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

وأجيب:

إذا احتملت المعاطاة غير البيع لم ينعقد بها البيع، وإنما الكلام فيما إذا كانت المعاطاة لا تحتمل إلا البيع، كما لو كانت البضاعة قد كتب عليها ثمنها، فجاء المشتري وأخذ السلعة من المكان المخصص للبيع، والتي تعرض فيه البضائع في السوق المخصص لذلك، ودفع المشتري الثمن، وأخذه صاحب البضاعة، ولم يعترض البائع على أخذ البضاعة بعد أخذه ثمنها، فإن احتمال التبرع هنا، أو الإجارة بعيد كل البعد.

الدليل الرابع:

استدل ابن حزم على وجوب لفظ البيع أو الشراء أو التجارة، بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وقال تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

لا يؤخذ مال بغير الاسم الذي أباحه الله به أخذه، وقد قال تعالى: ﴿وَعَلَّمَ ءَادَمَ ٱلْأَسْمَآءَ كُلَّهَا﴾ [البقرة: ٣١]، فصح أن الأسماء كلها توقيفية، لا سيما أسماء أحكام الشريعة التي لا يجوز الإحداث فيها، ولا تعلم إلا بالنصوص...[1].

❑ دليل من فرق بين المحقرات والأشياء النفيسة.

بيع المعاطاة في المحقرات يشبه أن يكون معتادًا لدى الناس من عصر الصحابة إلى يومنا هذا، ولو كان الناس يكلفون الإيجاب والقبول مع الخباز والبقال والقصاب للحقهم بذلك حرج ومشقة، والحرج منتف عن هذه الملة.

---

(١) انظر المحلى (مسألة: ١٤١٥).

ونوقش هذا القول:

بأن تحديد الأشياء المحقرة من غيرها أمر يعسر ضبطه، ويختلف الناس فيه، ولذلك اختلف الناس في ضابط الحقير من النفيس:

فقيل: المرجع في ذلك إلى عرف الناس وعاداتهم، فما عدوه من المحقرات، وعدوه بيعًا، فهو بيع.

وهذا لا ينضبط، فإن الناس قد يعتادون بيع المعاطاة في الأشياء النفيسة أيضًا.

وحكى الرافعي وجهًا أن المحقر ما كان دون نصاب السرقة. قال النووي: وهذا شاذ ضعيف[(١)].

وذكر بعضهم أن معرفة ضابط بين الحقير والنفيس عن طريق التقدير غير ممكن، ولكن الأمور لها طرفان واضحان:

أحدهما: شراء البقل وقليل من الفواكه، واللحم والخبز، فهذا لا يخفى أن مثل هذا يعتبر من المحقرات التي لا يعتاد فيها إلا المعاطاة، وطالب الإيجاب والقبول يعد مستقصيًا، ويعتبر متكلفًا، ويستثقل، ويتهم بأنه يقيم وزنًا لأمر حقير.

والطرف الثاني: مثل السيارات والعقارات والجواهر النفيسة، فطلب الإيجاب والقبول لبيع مثل هذه الأشياء لا يعتبر متكلفًا.

وبينهما أوساط متشابهة يشك فيها، هي محل شبهة، فحق ذي الورع أن يميل فيها إلى الاحتياط، ولا يدع الإيجاب والقبول.

---

(١) المجموع (٩/ ١٩٢).

وجميع ضوابط الشرع فيما يعلم بالعادة تنقسم إلى أطراف واضحة، وأوساط مشكلة[١].

❑ والراجح:

أن بيع المعاطاة يجوز مطلقًا، في النفيس والحقير، فالمطلوب هو الرضا، وبأي شيء تحقق فقد حصل المطلوب، سواء كان باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة، أو بقرينة الحال كالمعاطاة، والله أعلم.



(١) معالم القربة في طلب الحسبة (ص٦١).

مطلب
على القول بأن بيع المعاطاة
لا يصح فما حكم المقبوض فيها

[م - ٤٩] الذين يمنعون بيع المعاطاة هم الشافعية، فهذه المسألة لا تأتي إلا على مذهبهم رحمهم الله، وفيها عندهم ثلاثة أوجه:

أصحها: أن له حكم المقبوض بعقد فاسد، فيطالب كل واحد رد ما قبضه إن كان باقيًا، وإلا فرد بدله.

وقد تكلمنا في أول الكتاب في حكم المقبوض بعقد فاسد، والاختلاف فيه بين الفقهاء، فليراجعه من يحتاج إليه.

الوجه الثاني: أن هذه إباحة لازمة لا يجوز الرجوع فيها.

الوجه الثالث: أن العوضين يستردان، فإن تلفا فلا مطالبة لأحدهما، ويسقط عنهما الضمان[1].

---

(١) المجموع (٩/ ١٩٢، ١٩٣).

المسألة الثالثة
في الإيجاب والقبول عن طريق الإشارة

قال الباجي: «كل لفظ أو إشارة فهم منه الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود»(١).

قال السيوطي: «إذا اجتمعت الإشارة والعبارة واختلف موجبهما غلبت الإشارة»(٢).

والبيع بالإشارة يعتبر من البيع بالمعاطاة، لأن الإشارة ليست كلامًا في وضع الشارع.

قال تعالى: ﴿فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ﴾ [مريم: ٢٩]، مع قوله سبحانه: ﴿إِنِّي نَذَرْتُ لِلرَّحْمَٰنِ صَوْمًا فَلَنْ أُكَلِّمَ الْيَوْمَ إِنسِيًّا﴾ [مريم: ٢٦].

إذا علم هذا، فقد تواضع عموم الناس على دلالة بعض الإشارات حتى ولو كانت صادرة من غير الأخرس، وذلك كهز الرأس عموديًا دليلًا على القبول، وهزه أفقيًا دليلًا على الرفض، كما أن الإشارة في بعض الأحيان تكون حتمية للتفاهم، فلو أن البائع عبر عن إرادته بالنطق وحده، وكان إيجابه موجهًا إلى شخص أصم، ولم يكن نطقه مصحوبًا بإشارات يفهمها الأصم لم يكن لإيجابه أي أثر على الإطلاق.

والسؤال، إذا كان التعبير عن الإيجاب أو عن القبول أو عنهما معًا عن طريق الإشارة المفهومة، هل ينعقد البيع، أو يشترط اللفظ لانعقاد البيع؟

---

(١) المنتقى (٤/ ١٥٧).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣١٤).

وللجواب على ذلك نقول:

[م - ٥٠] أما الإشارة من الأخرس الأصلي العاجز عن الكتابة، فلم أقف على خلاف بين الفقهاء في قبول إشارته، وانعقاد البيع بها إذا كانت دالة على مراده.

قال النووي:

«قال أصحابنا: يصح بيع الأخرس وشراؤه بالإشارة المفهومة، وبالكتابة بلا خلاف للضرورة، قال أصحابنا: ويصح بها جميع عقوده»(١).

وجاء في الموسوعة الكويتية: «اتفق الفقهاء على أن إشارة الأخرس المعهودة والمفهومة معتبرة شرعا، فينعقد بها جميع العقود، كالبيع، والإجارة، والرهن والنكاح ونحوها»(٢).

[م - ٥١] واختلفوا في إشارة الأخرس لعارض، والأخرس القادر على الكتابة، والإشارة من غير الأخرس على النحو التالي:

فقيل: لا يجوز التعاقد بالإشارة من غير الأخرس، وهذا مذهب الحنفية(٣)،

---

(١) المجموع (٩/ ٢٠١).

(٢) الموسوعة الكويتية (٣٠/ ٢١٠).

(٣) قال الجصاص في أحكام القرآن (٣/ ٣٢١): «لم يختلف الفقهاء أن إشارة الصحيح لا تقوم مقام قوله». وحكاية الاتفاق فيه نظر كما سيتبين لك من خلال عرض الأقوال.
وجاء في درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (مادة: ١٧٤):
«ينعقد البيع بإشارة الأخرس المعروفة، سواء كان الأخرس عالما بالكتابة أو جاهلا بها. فلا يسقط العمل بإشارة الأخرس إذا كان عالما بالكتابة، ولا يشترط انضمام إشارته إلى كتابته».
وانظر بدائع الصنائع (٥/ ١٣٥)، البحر الرائق (٨/ ٥٤٤)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٣٨)، البحر الرائق (٣/ ٢٦٧).

والشافعية[١]، والحنابلة[٢].

وأما من اعتقل لسانه فهل يلحق بالأخرس،

فقيل: نعم، وهو مذهب الشافعية[٣]، وقول في مذهب الحنابلة[٤].

وقيل: لا يعتد بإشارته حتى يمتد به ذلك، ويقع اليأس من قدرته على الكلام، وهذا مذهب الحنفية[٥]، وقول عند الشافعية[٦].

وقيل: يجوز التعاقد بالإشارة مطلقًا، ولو من غير الأخرس إيجابًا وقبولًا إذا كانت مفهومة، وهذا مذهب المالكية[٧]،..................

(١) قال السيوطي في الأشباه والنظائر (ص٣١٢): «الإشارة من الأخرس معتبرة، وقائمة مقام عبارة الناطق في جميع العقود، كالبيع والإجارة والهبة، والرهن، والنكاح، والرجعة، والظهار، والحلول: كالطلاق، والعتاق، والإبراء، وغيرهما... وأما القادر على النطق، فإشارته لغو». البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ١٦)، والمجموع (٩/ ٢٠١)، إعانة الطالبين (٢/ ٣٥٦)، فتح الوهاب (١/ ٢٧١)، مغني المحتاج (٢/ ٥)، روضة الطالبين (٣/ ٣٤٣)، المنثور في القواعد (١/ ١٦٤)، تحفة المحتاج (٥/ ٣٦٥).
وقد سبق لنا أن الشافعية يقسمون إشارة الأخرس إلى صريح وكناية: فإن فهمها الفطن وغيره فصريحة، أو الفطن فقط فكناية.

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٤/ ٧): «وإن خرس أحدهما قامت إشارته مقام لفظه». وانظر الروض المربع (٣/ ٦٨)، دليل الطالب (ص٢٢٤)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٦٣٢)، كشاف القناع (٥/ ٣٩)، مطالب أولى النهى (١/ ٧٨٩)، منار السبيل (٢/ ١٣٦).

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/ ١٣٥، ١٣٦).

(٤) الفروع (٤/ ٦٥٩)، المبدع (٦/ ٧).

(٥) حاشية ابن عابدين (٨/ ١١٦)، بدائع الصنائع (٥/ ١٣٥).

(٦) قال في حاشية الجمل (٤/ ٣٣٢): «ومنه - أي من الأخرس الأصلي - من اعتقل لسانه، ولم يرج برؤه، وأما من رجي برؤه بعد ثلاثة أيام فأكثر فلا يلحق به...».

(٧) الخرشي (٥/ ٥)، حاشية الدسوقي (٣/ ٣)، تبصرة الحكام (٢/ ٨٥)، التاج والإكليل (٥/ ٤٨)، مواهب الجليل (٣/ ٤٢٢)، الفواكه الدواني (٢/ ٧٣). =

واختيار ابن تيمية[١]، وابن القيم[٢].

وقيل: لا يعتد بالإشارة من الأخرس إلا إذا كان عاجزًا عن الكتابة، اختاره بعض الحنفية[٣]، والمتولي من الشافعية[٤]، وهو وجه في مذهب الحنابلة[٥].

❑ تعليل من قال: لا تعتبر الإشارة إلا من أخرس.

التعليل الأول:

الإشارة لا تسمى كلامًا، ولذلك لم تحنث مريم عليها الصلاة والسلام عندما

= وقد اتفقت القوانين الواضعية مع القول المالكي، ففي نظرية العقد للسنهوري (١/ ١٥٣): «ويكون التعبير الصريح بالإشارة كذلك، فإشارة الأخرس غير المبهمة تعبير صريح عن إرادته، وأية إشارة من غير الأخرس تواضعت الناس على أن لها معنى خاصًا تكون تعبيرًا صريحًا عن الإرادة، كهز الرأس عموديًا (دليل القبول) وهزه أفقيًا أو هز الكتف (دليل الرفض»). اهـ

وفي القانون المدني الأردني، المادة ٩٣ مانصه: «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، وبالإشارة المعهودة عرفًا، ولو من غير الأخرس، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، وباتخاذ أي مسلك لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على التراضي». اهـ

وانظر المادة: ٩٣ سوري، ٩٠ ليبي، ٤ كويتي، ٦٠ مدني جزائري.

(١) مجموع الفتاوى (٢٠/ ٢٣٠) و (٢٩/ ٧) و الفتاوى الكبرى (٣/ ٤٠٧).

(٢) يقول ابن القيم رحمه الله تعالى في إعلام الموقعين (١/ ٢١٨): «من عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده، والألفاظ لم تقصد لذواتها وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان عمل بمقتضاه، سواء كان بإشارة، أو كتابة، أو بإيماءة، أو دلالة عقلية، أو قرينة حالية، أو عادة له مطردة لا يخل بها. . .».

(٣) قال ابن نجيم كما في غمز عيون البصائر (٣/ ٤٥٤): «واختلفوا في أن عدم القدرة على الكتابة شرط للعمل بالإشارة، أو لا، والمعتمد: لا».

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣١٢).

(٥) المبدع (٧/ ١٩).

نذرت عدم الكلام مع تعبيرها بالإشارة، ولو كانت كلامًا لما قامت بالإشارة، وإذا لم تكن كلامًا لا يمكن أن تكون الإشارة تعبيرًا عن الرضا إلا للعاجز عن الكلام.

ويناقش:

بأن التعبير عن الإرادة غير محصور في الكلام، ولذلك يقع البيع بالمعاطاة عند الحنفية والحنابلة مع القدرة على الكلام.

التعليل الثاني:

الإشارة لا تخلو من احتمال، وتحول الملكية وغيرها من الآثار المترتبة على البيع لا يمكن أن يثبت بما فيه احتمال إلا مع الضرورة، ولا ضرورة للقادر على النطق.

ويناقش:

بأن المقصود بالإشارة المفهومة الواضحة المعبرة عن المراد، وسيأتي في أدلة القائلين بصحة الإيجاب والقبول بالإشارة أن الإشارة قبلت ليس في البيع والشراء، بل وفي باب الجنايات والإقرارات ونحوهما، وهما أبلغ.

التعليل الثالث:

الإشارة لا تقوم مقام العبارة إلا عند الضرورة، وذلك أن الإشارة لا يتبين بها حروف منظومة، فيبقى مجرد قصد الإيقاع، وقصد الإيقاع ليس إيقاعًا، ولذلك كان القادر على النطق لو أشار لم يقع شيء من التصرفات بإشارته[1].

---

(١) انظر المبسوط (٦/ ١٤٤).

التعليل الرابع:

من لزمته القراءة في العبادة، مع القدرة عليها لم تقم الإشارة مقام النطق، فكذلك سائر المعاملات.

ويناقش:

بأن هناك فرقًا بين العبادة والعادة، فالمقصود في العبادة قيام القارئ بالنطق بالعبارة، وهذا لم يتحقق بخلاف العادة فإن العبارة ليست مقصودة لذاتها.

التعليل الخامس:

لو لم نجعل إشارة الأخرس كعبارة الناطق لأدى ذلك إلى أن يموت الأخرس جوعًا، ولا يوجد ضرورة في حق الناطق.

❑ تعليل من قال: لا تقبل الإشارة من معتقل اللسان.

الإشارة إنما تقوم مقام العبارة إذا صارت معهودة، وذلك في الأخرس دون معتقل اللسان، ولذلك قلنا: إذا امتد به ذلك، وصارت له إشارة معلومة كان بمنزلة الأخرس الأصلي[١].

❑ تعليل من قال: لا فرق بين الأخرس الأصلي ومعتقل اللسان.

إذا عجز عن الكلام لم يكن هناك فرق بين الأخرس ومعتقل اللسان، فالواجب اللفظ مع القدرة عليه، فإذا عجز قامت الإشارة مقام العبارة، كما أنه لا فرق بين الوحشي الأصلي والمتوحش في حق الذكاة.

---

(١) انظر تبيين الحقائق (٦/ ٢١٨).

❑ دليل من قال: تقبل الإشارة المفهومة مطلقًا من الأخرس وغيره.

الدليل الأول:

من الكتاب قوله تعالى: ﴿فَإِمَّا تَرَيِنَّ مِنَ ٱلْبَشَرِ أَحَدًا فَقُولِيٓ إِنِّي نَذَرْتُ لِلرَّحْمَٰنِ صَوْمًا فَلَنْ أُكَلِّمَ ٱلْيَوْمَ إِنسِيًّا﴾ [مريم: ٢٦]، مع قوله ﴿فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ قَالُوا۟ كَيْفَ نُكَلِّمُ مَن كَانَ فِى ٱلْمَهْدِ صَبِيًّا﴾ [مريم: ٢٩].

وجه الاستدلال:

سمى الله ﷻ الإشارة قولًا، بقوله تعالى: ﴿فَقُولِيٓ إِنِّي نَذَرْتُ لِلرَّحْمَٰنِ صَوْمًا فَلَنْ أُكَلِّمَ ٱلْيَوْمَ إِنسِيًّا﴾ [مريم: ٢٦]، أي قولي ذلك بالإشارة، فلو كان المراد قول اللسان لأفسدت نذرها.

قال ابن كثير: «المراد بهذا القول الإشارة إليه بذلك، لا أن المراد به القول اللفظي لئلا ينافي فلن أكلم اليوم إنسيا»(١).

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد فهم القوم إشارة مريم، وأجابوها بقولهم: كيف نكلم من كان في المهد صبيًا، ولم يعترضوا عليها بأنهم لم يفهموا ما تريده منهم. فنزلت الإشارة منزلة الكلام حتى من القادر على النطق.

الدليل الثاني:

(ح-٢٢) ما رواه أحمد، قال: حدثنا يزيد، أخبرنا المسعودي، عن عون، عن أخيه عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، عن أبي هريرة أن رجلا أتى النبي ﷺ بجارية سوداء أعجمية، فقال: يا رسول الله، إن علي عتق رقبة مؤمنة، فقال لها رسول الله ﷺ: **أين الله؟** فأشارت إلى السماء بإصبعها السبابة. فقال لها: من

---

(١) تفسير ابن كثير (٣/ ١١٩).

أنا؟ فأشارت بإصبعها إلى رسول الله ﷺ، وإلى السماء: أي أنت رسول الله، فقال: أعتقها[١]. [إسناده ضعيف][٢].

---

(١) المسند (٢/ ٢٩١).

(٢) الحديث رواه أبو داود (٣٢٨٤)، ومن طريقه البيهقي في السنن (٧/ ٣٨٨)، وفيه المسعودي وقد اختلط.

والمعروف من الحديث ليس فيه موضع الشاهد، وهو الإشارة باليد، فقد رواه عبد الرزاق في المصنف (١٦٨١٤) عن معمر، عن الزهري، عن عن عبيد الله ابن عبدالله بن عتبة، عن رجل من الأنصار جاء بأمة سوداء إلى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله! إن علي رقبة مؤمنة، فإن كنت ترى هذه مؤمنة، فقال لها النبي ﷺ: «**أتشهدين أن لا إله إلاّ الله**»؟ قالت: نعم، قال: «**أتشهدين أني رسول الله؟** قالت: نعم، قال: «**أتؤمنين بالبعث بعد الموت**»، قالت: نعم، قال: «**أعتقها**».

ومن طريق عبد الرزاق أخرجه أحمد (٣/ ٤٥١)، وابن الجارود في المنتقى (٩٣١).

قال ابن كثير في تفسيره (١/ ٥٣٥): «وهذا إسناد صحيح، وجهالة الصحابي لا تضره».

وقال ابن عبد البر في التمهيد (٩/ ١١٥): «رواية معمر ظاهرها الاتصال».

وأخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٧٧٧).

والبيهقي في السنن (١٠/ ٥٧) من طريق يونس بن يزيد، كلاهما عن الزهري به إلا أنه قال: أن رجلًا من الأنصار جاء بأمة سوداء.

قال البيهقي: هذا مرسل.

قال ابن عبد البر في التمهيد (٩/ ١١٤): «وهذا الحديث وإن كان ظاهره الانقطاع في حديث مالك، فإنه محمول على الاتصال، للقاء عبيد الله جماعة من الصحابة». اهـ

وتعقبه الزرقاني في شرح الموطأ (٤/ ١٠٧) بقوله:

«وفيه نظر، إذ لو كان كذلك ما وجد مرسل قط، إذ المرسل ما رفعه التابعي، وهو من لقي الصحابي، ومثل هذا لا يخفى على أبي عمر، فلعله أراد للقاء عبيد الله جماعة من الصحابة ممن رووا هذا الحديث».

وقال الدارقطني في العلل (٩/ ٢٩): «اختلف فيه على عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، فرواه عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله مرسلا عن النبي ﷺ حدث به كذلك عنه: يونس بن يزيد وابن عيينة ومالك، واختلف عنه - أي عن مالك - فرواه أصحاب الموطأ وإبراهيم بن طهمان، عن مالك، عن الزهري، عن عبيد الله بن عبد الله مرسلًا. =

وجه الاستدلال:

قال الشنقيطي «جعل إشارتها كنطقها في الإيمان الذي هو أصل الديانات، وهو الذي يعصم به الدم والمال، وتستحق به الجنة، وينجى به من النار»[(١)].

الدليل الثالث:

(ح-٢٣) ما رواه البخاري، قال: حدثنا آدم حدثنا شعبة، حدثنا الأسود ابن قيس، حدثنا سعيد بن عمرو، أنه سمع ابن عمر رضي الله عنهما، عن النبي ﷺ أنه قال: **إنا**

= وروي عن الحسين بن الوليد النيسابوري، عن مالك، عن الزهري، عن عبيد الله، عن أبي هريرة.

وكذلك رواه عون بن عبد الله بن عتبة، عن أخيه عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، عن أبي هريرة، حدث به عبد الرحمن المسعودي، وهو محفوظ عن المسعودي، والصحيح عن الزهري مرسلا». اهـ

وعلى كل فرواية ابن شهاب الراجح فيها الإرسال، وليس فيها أنها أشارت، وهو موضع الشاهد، وفيها ذكر رجل من الأنصار.

ورواية المسعودي، موصولة عن أبي هريرة، وفيها الإشارة باليد إلى السماء.

قال الزرقاني في شرح الموطأ (٤/ ١٠٨) «أخرجه ابن عبد البر - يعني رواية المسعودي - وقال: إنه خالف حديث ابن شهاب في لفظه ومعناه، وجعله عن أبي هريرة، وابن شهاب يقول: رجل من الأنصار أنه جاء بأمة سوداء، وهو أحفظ من عون، فالقول قوله. انتهى قال الزرقاني: فإن كانت القصة تعددت فلا خلف، وإن كانت متحدة يمكن أن لعبيد الله فيه شيخين، رجل من الأنصار رواها له عن نفسه، وأبو هريرة رواها عن قصة ذلك الرجل، ويؤول قوله: قالت: نعم، على أنها قالت بالإشارة، أو أنه وقع منها الأمران، فقالت نعم باللفظ حين قوله: أتشهدين.. الخ وأشارت إلى السماء حين قوله: أين الله، ومن أنا، فذكر كل من الزهري وعون ما لم يذكر الآخر، والعلم عند الله».

وقال الشنقيطي رحمه الله في أضواء البيان (٩/ ٢٥٦): «والظاهر حمل الروايات التي فيها أنه لما قال لها: أين الله؟ قالت: في السماء من غير ذكر الإشارة على أنها قالت ذلك بالإشارة، لأن القصة واحدة، والروايات يفسر بعضها بعضًا».

(١) أضواء البيان (٤/ ٢٥٥).

أمة أمية لا نكتب ولا نحسب، الشهر هكذا وهكذا. يعني مرة تسعة وعشرين ومرة ثلاثين. رواه البخاري(١).

وجه الاستدلال:

نزل الرسول ﷺ إشارته بأصبعه الشريفة منزلة نطقه، ودلت إشارته إلى أن الشهر قد يكون تسعة وعشرين يومًا، وقد يكون ثلاثين.

الدليل الرابع:

(ح-٢٤) ما رواه البخاري من طريق ابن وهب، قال: أخبرني عمرو، عن سعيد بن الحارث الأنصاري، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: اشتكى سعد بن عبادة شكوى له، فأتاه النبي ﷺ يعوده مع عبد الرحمن بن عوف وسعد بن أبي وقاص وعبد الله ابن مسعود رضي الله عنهم، فلما دخل عليه فوجده في غاشية أهله، فقال: **قد قضى؟** قالوا: لا يا رسول الله، فبكى النبي ﷺ، فلما رأى القوم بكاء النبي ﷺ بكوا فقال: **ألا تسمعون، إن الله لا يعذب بدمع العين، ولا بحزن القلب، ولكن يعذب بهذا، وأشار إلى لسانه، أو يرحم....** الحديث(٢).

فاستخدم الرسول ﷺ إشارته في معرض التبليغ للأمة، وكانت مفهومة حيث حصل بها البلاغ مع قدرته على النطق.

الدليل الخامس:

(ح-٢٥) ما رواه البخاري حدثنا موسى بن إسماعيل حدثنا أبو عوانة حدثنا عثمان هو ابن موهب، قال: أخبرني عبد الله بن أبي قتادة أن أباه أخبره أن

---

(١) صحيح البخاري (١٧٨٠)، ورواه مسلم بنحوه (١٠٨٠).
(٢) صحيح البخاري (١٢٢١)، ومسلم (٩٢٤).

رسول الله ﷺ خرج حاجًا، فخرجوا معه، فصرف طائفة منهم - فيهم أبو قتادة - فقال: خذوا ساحل البحر حتى نلتقي، فأخذوا ساحل البحر، فلما انصرفوا أحرموا كلهم إلا أبو قتادة لم يحرم. . . وفي الحديث: قالوا: يا رسول الله، إنا كنا أحرمنا، وقد كان أبو قتادة لم يحرم، فرأينا حمر وحش، فحمل عليها أبو قتادة، فعقر منها أتانًا، فنزلنا، فأكلنا من لحمها، ثم قلنا: أنأكل لحم صيد، ونحن محرمون، فحملنا ما بقي من لحمها. قال: **أمنكم أحد أمره أن يحمل عليها، أو أشار إليها؟** قالوا: لا. قال: **فكلوا ما بقي من لحمها**[1].

وجه الاستدلال:

قوله: (أو أشار إليها) حيث جعل الإشارة إلى الصيد وهو محرم في حكم من قام بالصيد حال الإحرام في تحريم الأكل.

الدليل السادس:

(ح-٢٦) ما رواه البخاري، قال: حدثنا محمد بن بشار، حدثنا محمد ابن جعفر، حدثنا، شعبة، عن هشام بن زيد، عن أنس رضي الله عنه أن يهوديًا قتل جارية على أوضاح لها، فقتلها بحجر، فجيء بها إلى النبي ﷺ، وبها رمق، فقال: **أقتلك فلان؟** فأشارت برأسها أن لا، ثم قال الثانية: فأشارت برأسها أن لا، ثم سألها الثالثة، فأشارت برأسها أن نعم، فقتله النبي ﷺ بحجرين[2].

والأحاديث في استعمال الإشارة في الخطاب النبوي كثيرة جدًا، وهي في مقام البلاغ، ولم يدع أحد أن الإشارة ليست مفهومة، ولا يحصل بها البلاغ الواجب.

---

(١) البخاري (١٨٢٤)، ورواه مسلم (١١٩٦).

(٢) البخاري (٦٨٧٩)، ورواه مسلم (١٦٧٢).

الدليل السابع:

لا يوجد نص صريح على اشتراط لفظ معين في عقد البيع، وإنما المطلوب ما يدل على الرضا بين الطرفين، من قول أو فعل أو إشارة، ومناط ذلك العرف الذي يحكم بأن هذا اللفظ أو الإشارة أو الفعل يدل على الرضا أو لا، فإذا كان الأمر كذلك فالعرف جار بين المسلمين على أن الإشارة المفهومة يحصل منها الرضا.

❑ الراجح:

مذهب المالكية هو أرجح الأقوال وأقواها، وأسلمها من المعارضة، ولأن الإشارة المبينة عن إرادة صاحبها تقوم مقام نطقه، وسيأتي ذكر أدلة أخرى للقول الراجح زيادة على ما ذكره المالكية في آخر بحث ألفاظ الإيجاب والقبول إن شاء الله تعالى.

الفرع الثاني
في الإيجاب والقبول عن طريق الكتابة

قال الزيلعي: «الكتاب كالخطاب»[١].

وعند الحنفية: أن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر[٢].

وقال السرخسي: الكتاب أحد اللسانين[٣].

وقال أيضًا: «الكتاب قد يزور، والخط يشبه الخط...»[٤].

والكتابة أعم من اللفظ ومن الإشارة، وذلك أن جميع المعلومات إنما تعرف بالدلالة عليها بأحد أمور ثلاثة: بـ(الإشارة واللفظ والخط).

والإشارة تتوقف على المشاهد.

واللفظ يتوقف على حضور المخاطب، وسماعه.

وأما الخط فلا يتوقف على شيء، فهو أعمها نفعًا، وأشرفها، ولاشك أنه بالخط والقراءة ظهرت خاصة النوع الإنساني، وامتاز الإنسان عن سائر الحيوان، وضبطت الأقوال، وحفظت العلوم، وانتقلت من زمان إلى زمان[٥]، فلولا الله ﷻ ثم الكتابة لم نتمكن من قراءة كتاب الله ﷻ، وسنة رسوله ﷺ، ولكنا نسمع بالعلماء ولا نشاهد آثارهم، وإنما بقيت دعوة الأنبياء والرسل والمصلحين في العالم حية في قلوب الناس بفضل ما كتب من آثارهم وعلومهم.

---

(١) تبيين الحقائق (٤/ ٣)، وانظر العناية شرح الهداية (٦/ ٢٥٤).
(٢) بدائع الصنائع (٦/ ٣٧).
(٣) المبسوط (٢٥/ ٣١).
(٤) المبسوط (١٦/ ٩٢).
(٥) كشف الظنون - حاجي خليفة (١/ ٥١).

[م - ٥٢] والذي يخصنا هنا في هذا الباب، ما مدى دلالة الكتابة على الرضا في العقود؟

فلو كان التعبير عن الإيجاب عن طريق الكتابة بأي شكل من أشكالها، أو كان التعبير عن القبول عن طريق الكتابة، فهل ينعقد البيع؟

في ذلك خلاف بين أهل العلم.

فقيل: ينعقد البيع بالكتابة مطلقًا.

وهذا مذهب المالكية(١)، ووجه في مذهب الشافعية(٢).

وقيل: لا ينعقد البيع بها مطلقًا، وهو أحد الوجهين في مذهب الشافعية، ورجحه الشيرازي(٣).

---

(١) المدونة (٤/ ٣٢)، الشرح الكبير (٣/ ٣)، حاشية الدسوقي (٣/ ٣).
وقال في الشرح الصغير (٣/ ٥): «والثالث: الصيغة، أو ما يقوم مقامها مما يدل على الرضا، وإليه أشار بقوله: (وما دل على الرضا) من قول أو إشارة أو كتابة من الجانبين أو أحدهما».

(٢) قال البجيرمي في حاشيته (٢/ ١٦٩): «والكتابة لا على ماء أو هواء كناية، فنعقد بها مع النية، ولو لحاضر كما رجحه السبكي وغيره». وانظر مغني المحتاج (٢/ ٥)، أسنى المطالب (٢/ ٤). واعتبروا الكتابة نوعًا من الكناية يشترط معها النية.
وقال السيوطي في الأشباه والنظائر (ص٣٠٨): «وحيث جوزنا انعقاد البيع ونحوه بالكتابة فذلك في حال الغيبة، فأما عند الحضور فخلاف مرتب، والأصح الانعقاد».
وذكر النووي في بيع الحاضر بالكتابة، فقال في المجموع (٩/ ١٧٩): «إذا تبايع حاضران بالكتابة، فقال أصحابنا: إن منعناه في الغيبة فهاهنا أولى، وإلا فوجهان».

(٣) قال الشيرازي في المهذب (٩/ ١٩٠): «وإن كتب رجل إلى رجل ببيع سلعة، ففيه وجهان:
(أحدهما): ينعقد البيع؛ لأنه موضع ضرورة.
(الثاني): لا ينعقد، وهو الصحيح فإنه قادر على النطق، فلا ينعقد البيع بغيره». =

وقيل: ينعقد البيع بالكتابة بالنسبة للغائب فقط دون الحاضر، وهو ظاهر مذهب الحنفية(١)، ووجه في مذهب الشافعية(٢)، وظاهر مذهب الحنابلة(٣).

☐ دليل من قال: ينعقد البيع بالكتابة مطلقًا.

الدليل الأول:

كان النبي ﷺ مأمورًا بتبليغ رسالته، فحصل ذلك بالقول تارة، وبالكتابة تارة، وبالرسول ثالثًا، وقامت الحجة على الجميع، حيث كان التبليغ بالكتاب والرسول كالتبليغ بالخطاب، فدل على أن الكتاب يقوم مقام قول الكاتب.

= وجاء في المجموع (٩/ ٣١٥): «ولا يصح البيع بالكتابة، هذا ما نقله صاحب البيان، وهو ضعيف، بل الأصح صحة البيع بالكتابة». وانظر مغني المحتاج (٢/ ٥).

(١) البحر الرائق (٥/ ٢٩٠)، الهداية في شرح البداية (٣/ ٢١)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ١٤٤)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥١٢).
وقلت: إن اشتراط الغيبة هو ظاهر مذهب الحنفية، ولم أقل هو مذهب الحنفية؛ لأن الأمثلة التي عقدها الحنفية في تصوير الكتابة كانت بين غائبين، ولم أقف على نص صريح عنهم في إجازة التعاقد بين الحاضرين.
وقد ذكر الحنفية القاعدة في الكتاب ما نصه: الكتابة من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر. ذكر هذه القاعدة صاحب البحر الرائق (٧/ ٦٩)، وبدائع الصنائع (٦/ ٣٧)، وتحفة الفقهاء (٢/ ١٨٦)، وحاشية ابن عابدين (٦/ ٤١٥).

(٢) مغني المحتاج (٢/ ٥)، روضة الطالبين (٣/ ٣٣٨، ٣٣٩)، المهذب (١/ ٣٠٣).

(٣) تكلم الحنابلة عن تراخي القبول عن الإيجاب بين ما إذا كان المشتري حاضرًا، وما إذا كان غائبًا، فالتراخي مع غيبة المشتري لا يدل على إعراضه عن الإيجاب، بخلاف ما لو كان حاضرًا. ولم يتكلموا عن الكتابة في حال حضور المشتري، قال في كشاف القناع (٣/ ١٤٨): (وإن كان) المشتري (غائبا عن المجلس فكاتبه) البائع (أو راسله: إني بعتك) داري بكذا (أو) إني (بعت فلانًا) ونسبه بما يميزه (داري بكذا فلما بلغه) أي: المشتري (الخبر) قبل البيع (صح) العقد؛ لأن التراخي مع غيبة المشتري لا يدل على إعراضه... اهـ
وانظر مطالب أولى النهى شرح غاية المنتهى (٣/ ٧). وانظر المغني (٧/ ٣٧٣).

الدليل الثاني:

إذا كانت الكتابة وسيلة لإثبات الحقوق، ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فما كان وسيلة لإثبات الحق جاز أن يكون صالحًا لانعقاده.

الدليل الثالث:

القياس على كتاب القاضي حيث يقوم كتاب القاضي مقام لفظه في إثبات الديون والحقوق.

الدليل الرابع:

المطلوب في ألفاظ البيع ما يدل على الرضا، وليس لهذا الأمر شكل معين، والكتابة لا شك أنها تعبر عن إرادة صاحبها، فإذا علم الرضا انعقد البيع سواء كان باللفظ أو بالإشارة أو بالكتابة أو بغيرها مما تعارف عليه الناس.

الدليل الخامس:

المعاملات اليوم بين الناس توسعت، وأصبحت تعتمد على الاستيراد والتصدير، وبين المصدر والمستهلك مسافات بعيدة جدًا، وقد يتعذر اشتراط اللفظ، فلا تقوم مصالح السوق، ومصالح الناس إلا بقبول الكتابة.

□ تعليل من قال: لا ينعقد البيع بالكتابة.

التعليل الأول:

الأصل أن التعبير يكون باللفظ وحده، وإنما قبلنا الإشارة في حق الأخرس للضرورة لعجزه عن النطق، فأما القادر على النطق فلا يقبل منه التعبير بالكتابة كما لا يقبل منه التعبير بالإشارة.

ويناقش هذا:

القول بأن القادر على النطق لا يقبل منه الكتابة، هذه دعوى في محل النزاع، فتحتاج إلى دليل، فأين النص من الشارع الذي ينهى القادر على النطق من عقد البيع عن طريق الكتابة.

التعليل الثاني:

انعقاد البيوع على وقت النبي ﷺ جاءت عن طريق الألفاظ، ولم يشتهر في عصر النبي ﷺ انعقاد البيوع عن طريق الكتابة مع إمكان ذلك، فيجب الوقوف عند حد اللفظ فقط.

ويناقش هذا:

بأن البيع ليس من قبيل العبادات التي يحتاج الأمر فيها إلى توقيف، وإنما من قبيل العادات والمباحات، فالأصل فيها الحل إلا ما ود النهي عنه، ولم يأت نهي من الشارع ينهى عن عقد البيع عن طريق الكتابة.

التعليل الثالث:

الكتابة يتطرق إليها الاحتمالات، فقد يكتب اللفظ ويريد به تجربة القلم، أو تحسين الخط، كما يدخل الخط التزوير والتقليد، وما تطرق إليه الاحتمال وجب الانتقال إلى غيره مما لا يتطرق إليه الاحتمال، والله أعلم.

ويناقش:

بأن هذه الاحتمالات بعيدة، وعلى التنزل فإننا نقول بقبول الكتابة إذا لم يتطرق إليها احتمال، فيوجد اليوم طرق كثيرة لحماية الخط من التزوير، ولو كان هذا الاحتمال وجيهًا لما تعامل الناس اليوم بالشيكات، وهي تحمل مبالغ كثيرة جدًا، وتعتمد على توقيع صاحبها مع إمكان التزوير والتقليد فيه.

❑ دليل من فرق بين الحاضر والغائب.

قالوا: الأصل انعقاد البيع باللفظ، واحتيج إلى الكتابة مع عدم حضور المتعاقدين، فيرخص للغائب دون الحاضر القادر على النطق، حيث لا يوجد مانع من المشافهة والمخاطبة.

ويناقش هذا:

بأن يقال: إما أن تصلح الكتابة في التعبير عن إرادة المتعاقدين، وحصول الرضا الذي هو شرط لانعقاد البيع، أو لا تصلح، فإن كشفت الكتابة وأفصحت عن إرادة المتعاقدين وعن حصول الرضا المطلوب لانعقاد البيع لم يكن لاشتراط الحضور معنى، بل إن عقد البيع عن طريق اللفظ إذا خلا من الإشهاد يستطيع المتعاقد أن يدعي أنه ما قال ذلك، أو يدعي أنه قال قولًا غير ما يدعيه المشتري، ولا يستطيع أن يدعي مثل ذلك في الكتابة.

❑ القول الراجح:

ما ذهب إليه المالكية هو القول الصحيح، لقوة أدلته وسلامتها من الاعتراض، وسيأتي في آخر البحث ما يدعم هذا إن شاء الله تعالى.



مسألة
زمان العقد ومكانه في بيع المكاتبة والمراسلة

البيع بالمكاتبة أو بالمراسلة أو بالهاتف، يجب أن نبحث عن أمرين هامين: وهما: زمان العقد ومكانه.

ما يميز العقد بين المتعاقدين الحاضرين وبين الغائبين، هو وجود فاصل من الزمن بين صدور القبول، وعلم الموجب به، ففي التعاقد بين حاضرين يعلم الموجب بالقبول في الوقت الذي يصدر فيه، وأما في التعاقد بين الغائبين فإن الإيجاب يصدر، ثم تمضي فترة من الزمن هي المدة اللازمة لوصول القبول إلى علم الموجب، ومن ثم يختلف وقت صدور القبول عن وقت العلم به.

وهذا يجعلنا نسأل عن زمان انعقاد العقد ومكانه في حال البيع بالمكاتبة أو بالمراسلة، فما دام أن هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور القبول والعلم به، فيجب التساؤل: متى يتم العقد؟

هل هو وقت صدور القبول، أو هو وقت علم الموجب به؟

هل نقول إن العقد قد تم في الزمان والمكان الذي صدر فيهما القبول. وتسمى عند فقهاء القانون نظرية الإعلان.

أي إن العقد قد تم بمكان وزمان إعلان القبول.

أو نقول: إن العقد قد تم في الزمان والمكان اللذين وصل فيهما القبول إلى علم الموجب. وتسمى عند فقهاء القانون بنظرية العلم.

أي: إن العقد قد تم في وقت ومكان علم الموجب بالقبول.

وهل يختلف الحكم في المسألتين؟

الجواب نعم، ينبني على هذا الخلاف أحكام شرعية ومالية مؤثرة بين القولين، من ذلك.

❑ أولًا: للمشتري ثمر البيع ونماؤه المتصل والمنفصل منذ انعقاد العقد

ففي هذه الحال، إذا قيل: العقد قد انعقد منذ صدور القبول يختلف الحكم فيما لو قيل: العقد ينعقد عند علم الموجب بالقبول.

❑ ثانيًا: في هلاك المبيع قبل القبض وبعد العقد

معلوم أن بعض السلع إذا هلكت تكون من ضمان المشتري، وبعضها من ضمان البائع، وقد ناقشت هذه المسألة بشيء من التفصيل فيما تقدم.

فنحتاج إلى معرفة وقت انعقاد العقد لكي نعرف هل فات المبيع على المشتري أو على البائع؟ فإذا هلك المبيع بعد صدور القبول فطبقًا لنظرية الإعلان يكون من ضمان المشتري.

وطبقًا لنظرية العلم فإنه يفوت على البائع.

❑ ثالثًا: في وقت رجوع الموجب عن إيجابه، والقابل عن قبوله

إذا صدر القبول من القابل وقام من مجلسه، أو اشتغل بأجنبي فطبقًا لنظرية الإعلان لم يكن للموجب الرجوع عن إيجابه، ولا القابل عن قبوله.

أما إذا قلنا بنظرية العلم، فلو عدل القابل عن قبوله قبل أن يصل القبول إلى الموجب فله ذلك، كما له أن يلغي إرسال القبول بعد صدوره، وله أن يسحب القبول من البريد أو من الرسول قبل وصوله، كما يمكنه أن يستخدم وسيلة أسرع من البريد ليبلغ عدوله عن القبول قبل وصول القبول إلى علم الموجب، فإذا عدل لم يتم العقد، وإذا حدد الموجب وقتًا لإيجابه، فإن الإيجاب يسقط بانتهاء

هذه المهلة، فلو تأخر وصول القبول إلى الموجب بسبب خارج عن إرادة القابل بعد الوقت الذي حدده، فإن العقد لا يتم طبقًا لنظرية العلم، ويتم طبقًا لنظرية الإعلان.

☐ رابعًا: إذا مات القابل أو فقد أهليته

إذا مات القابل أو فقد أهليته بعد صدور القبول، وقبل وصوله إلى الموجب، فإن العقد لا يتم طبقًا لنظرية العلم، ويتم طبقًا لنظرية الإعلان.

إذا عرفنا ذلك، فما هو الاتجاه الفقهي؟

☐ هل ينعقد البيع بصدور القبول، أو ببلوغ القبول للموجب:

[م-٥٣] في المسألة قولان:

القول الأول:

ظاهر كلام الفقهاء أن العقد ينعقد بصدور القبول، ولا يشترط علم الموجب(١).

---

(١) جاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ١٤٤): إذا «قال في مجلس بلوغ الكتاب أو الرسالة اشتريته به أو قبلته تم البيع بينهما ; لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر».
وقال أيضًا في المرجع نفسه (٢/ ١٤٢): «ويبطل الإيجاب الواقع كتابة ورسالة إذا رجع الكاتب أو المرسل عن إيجابه قبل قبول المكتوب إليه والمرسل إليه».
ويعني هذا: أنه ليس له الرجوع بعد صدور القبول، وقبل وصوله.
وقال ابن نجيم في البحر الرائق (٥/ ٢٩٠): «وصورة الكتاب أن يكتب أما بعد فقد بعت عبدي فلانًا منك بكذا، فلما بلغه الكتاب، قال في مجلسه ذلك: اشتريت، تم البيع بينهما، وصورة الإرسال أن يرسل رسولًا، فيقول البائع: بعت هذا من فلان الغائب، بألف درهم، فاذهب يا فلان فقل له، فذهب الرسول، فأخبره بما قال: فقبل المشتري في مجلسه ذلك». =

القول الثاني:

سماع كل من المتعاقدين كلام الآخر شرط لانعقاد البيع، وهذا يعني أن البيع لا ينعقد حتى يسمع الموجب قبول المشتري، وهو قول في مذهب الحنفية(١).

= وانظر شرح فتح القدير (٦/ ٢٥٥)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣٢).
وأما مذهب الشافعية: فقد جاء في المجموع (٩/ ١٩٧): «لو قال: بعت داري لفلان، وهو غائب، فلما بلغه الخبر، قال: قبلت. انعقد البيع، لأن النطق أقوى من الكتب».
وفيه أيضًا (٩/ ١٩٨): «قال الغزالي في الفتاوى: إذا صححنا البيع بالمكاتبة، فكتب إليه، فقبل المكتوب إليه ثبت له خيار المجلس ما دام في مجلس القبول. قال: ويتمادى خيار الكاتب إلى أن ينقطع خيار المكتوب إليه حتى لو علم أنه رجع عن الإيجاب قبل مفارقة المكتوب إليه مجلسه صح رجوعه، ولم ينعقد البيع».
وفي مذهب الحنابلة، جاء في كشاف القناع: «(وإن كان) المشتري (غائبا عن المجلس فكاتبه) البائع (أو راسله: إني بعتك) داري بكذا (أو) إني (بعت فلانًا) ونسبه بما يميزه (داري بكذا فلما بلغه) أي: المشتري (الخبر) قبل البيع (صح) العقد لأن التراخي مع غيبة المشتري لا يدل على إعراضه عن الإيجاب، بخلاف ما لو كان حاضرًا» ففرق المصنف في تراخي القبول عن الإيجاب بين ما إذا كان المشتري حاضرًا، وما إذا كان غائبًا.

(١) سيأتي النقول من كتب الحنفية لهذا الشرط في معرض ذكر الأدلة إن شاء الله تعالى، والحقيقة أن هذا القول لم أجده لدى كتب الفقهاء المتقدمين صريحًا، وإنما أخذته استنباطًا من اشتراط السماع في بيع المتعاقدين الحاضرين كما ستراه عند النقول.
وقد اختلف أهل الفقه في هذا العصر، هل الفقهاء المتقدمون عندما تركوا النص على اشتراط العلم بالقبول، تركوه اقتصارًا على ذكره في البيع بين المتعاقدين الحاضرين، فتجنبوا ذكره في البيع بين الغائبين اختصارًا، أو أنهم يرون أن سماع القبول ليس بشرط، على قولين:
الأول: يرى أن اهتمام الفقهاء المتقدمين كان متوجهًا إلى بيان جواز هذا النوع من التعاقد، وأن حضور المتعاقدين ليس بشرط في انعقاد البيع، ولم يكن اهتمامهم متوجهًا إلى بيان دراسة المسائل الدقيقة المترتبة على القول بجواز مثل هذه المعاملة.
وممن رأى هذا الرأي الدكتور السنهوري رحمه الله، حيث يقول في كتابه مصادر الحق (٢/ ٥٤ - ٥٦): «أما في الفقه الإسلامي فلم نعثر على نص صريح في هذه المسألة يبين =

. . . .

= متى يتم العقد بين الغائبين، هل يتم بمجرد إعلان القبول، أو لا يتم إلا بعلم الموجب بالقبول».

ثم يذكر نصوصًا من الكتب الفقهية تشترط وجوب سماع الموجب للقبول بالنسبة للتعاقد بين الحاضرين، وينقل نصوصًا أخرى تتعلق بالتعاقد بين الغائبين، وظاهرها انعقاد العقد بصدور القبول، وليس فيها النص على اشتراط سماع الموجب قبول المشتري، ثم يعرض نتيجة دراسته، فيقول: «يتم العقد بين الغائبين إذن في الفقه الإسلامي بإعلان القبول، ولا يشترط علم الموجب بالقبول، وإذا كان التعاقد بين الحاضرين يشترط فيه سماع الموجب للقبول، كما تصرح النصوص بذلك، فكل ما يشترط في التعاقد بين الغائبين أن يكون الموجب قد أراد تبليغ إيجابه للمتعاقد الآخر كما قدمنا، حتى يعلم بذلك أن إيجابه بات، ولا يشترط أن يسمع هو - أي الموجب - قبول المتعاقد الآخر، أو أن يبلغه هذا القبول.

هذا ما نستخلصه من ظاهر النصوص. ولكنا مع ذلك نرى أن الفقهاء لم يواجهوا في وجوب سماع الموجب للقبول حالة التعاقد بين الغائبين مواجهة صريحة، وهم لم يواجهوا في ذلك إلا حالة التعاقد بين الحاضرين، ولو أنهم واجهوا الحالة الأولى كما واجهوا الحالة الثانية، لما كان بعيدًا أن تختلف الآراء فيها، بل نحن نذهب إلى أبعد من ذلك، ونقول: إن منطق القول بوجوب علم الموجب بالقبول في التعاقد بين حاضرين، والسماع في حالة حضور الموجب يقابله العلم في حالة غيابه».

ويقول الدكتور إبراهيم كافي دونمز: «ولهذا نشارك رأي الدكتور السنهوري من هذه الناحية، وحتى يمكن القول بأن العبارات في كتب الفقه التي تخص التعاقد بين الغائبين تنصب على بيان جواز هذا النوع من التعاقد أكثر من أن تكون منصبة على دراسة المسائل الدقيقة له، ويمكن كذلك القول بأن بعض هذه العبارات تهدف أول ما تهدف إلى بيان ضرورة التفرقة بين بعض التصرفات مثل البيع والنكاح والخلع بالعوض في هذا النوع من التعاقد.

وعلى أية حال، فإن هذه القضية لم يرد فيها نص خاص كما لم ينقل رأي صريح فيها عن أئمة المذاهب، ويصبح عندئذ من المعقول أن نقول بأن الفقهاء لم يواجهوا مسائل التعاقد بين الغائبين على شكلها المعروف في الوقت الحاضر..».

ويقول الدكتور السيد نشأت إبراهيم الدريني في كتابه التراضي في عقود المبادلات المالية (ص٣١٩): «أما في البيع ونحوه... فإنه يمكن القول بأنهم اكتفوا بسماع حامل =

. . . .

= الكتاب ومبلغ الرسالة؛ لأن التعاقد بين غائبين في عصرهم لم يكن بخطاب - مثلًا - عن طريق مصلحة البريد كما في عصرنا، وإنما كان برسول يحمل الكتاب أويبلغ الرسالة شفويًا، فإذا صدر القبول في مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة فإن الغالب أن الرسول يسمع هذا القبول.

ولعل السر في أنهم لم يصرحوا باشتراط سماع القبول في البيع بين غائبين أنهم أطلقوا شرط سماع كل من العاقدين عند عدهم له من شروط الانعقاد، فأصبح هذا من المسلم به، والموجب وإن لم يسمع القبول فإنه يمكن تحقق شرط السماع بسماع حامل الكتاب، ومبلغ الرسالة؛ لأنهم توسعوا في شرط السماع كما رأينا.

أما النصوص التي يدل ظاهرها على تمام البيع بمجرد قبول الغائب، فيمكن القول بأنهم لا يريدون بها هذا الظاهر، وإنما يريدون صحة القبول فيما وراء المجلس استثناء من شرط اتحاد المجلس، كما في نص الكاساني، أو صحة البيع بين غائبين بالكتابة، ولو من الجانبين بخلاف النكاح، كما في نص ابن عابدين، وهذا كما يقولون في صحة الانعقاد باللفظ بين حاضرين، لو قال: بعتك هذا بكذا، فقال: اشتريت، تم العقد اكتفاء بما ذكر من أن شرط الانعقاد سماع كل من العاقدين كلام صاحبه.

ومما يؤيد أن قولهم بتمام البيع لا يدل دائمًا على استيفاء شروط الانعقاد، أن فعل الأمر لا يصلح أن يكون إيجابًا عند الحنفية، ولكن ورد عن محمد أنه لو كتب بعني بكذا، فقال: بعته، تم البيع، فقالوا: إنه ليس مراد محمد من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود، لا بيان اللفظ الذي ينعقد به البيع». اهـ

يقصد أن الحنفية يشترطون في القبول بالنكاح عن طريق الكتابة أمرين:

الأول: أن يكون هناك شهود يشهدون على سماع القبول،

الثاني: أن يكون القبول باللفظ، بخلاف البيع فإنه ينعقد بالكتابة من الجانبين، ولو لم يكن هناك شهود يشهدون على سماع القبول من الطرف الثاني، ففرقوا في كتابة الإيجاب بين عقد النكاح وعقد البيع.

القول الثاني: يرى أن الفقهاء لما تركوا النص على اشتراط السماع في البيع بين المتعاقدين الغائبين كان هذا منهم نصًا على أنهم لا يرون أن السماع شرط لإتمام العقد، وأنهم بهذا أرادوا التفريق بين بيع يقع بين متعاقدين حاضرين، وبيع يقع بين متعاقدين غائبين، فالأول سماع القبول شرط لإتمام العقد، والثاني ليس بشرط، وممن ذهب إلى هذا الدكتور =

. . . .

= وحيد الدين سوار في كتابه القيم (التعبير عن الإرادة) واستدل على أن الفقهاء قد واجهوا شرط السماع في التعاقد بين الغائبين مواجهة صريحة مستدلًا بثلاثة أدلة:

الأول: جعل الفقهاء المتقدمون قراءة الإيجاب من القابل بمنزلة سماعه مباشرة من الموجب.

جاء في رد المحتار: «سماع كل - أي ولو حكمًا - كالكتاب إلى غائبه؛ لأن قراءته قائمة مقام الخطاب». فهذا نص منهم على أنهم واجهوا حكم السماع في البيع بين الغائبين.

ورد عليه:

بأنهم في هذا النص أرادوا أن يبينوا أن قراءة الإيجاب المكتوب تكون سماعًا حكمًا في حق الموجب، لا أنهم أرادوا أن يستثنوا القابل من شرط السماع، وبينهما فرق، فلما نصوا على اشتراط السماع لانعقاد البيع، فقد يعترض معترض على أن القابل لم يسمع من الموجب، فقالوا: إن قراءة المكتوب سماع حكمًا، وأما سماع الرسول أو حامل الخطاب للقبول فهو سماع حقيقة فلم يحتج الأمر إلى النص عليه.

الدليل الثاني: كون الحنفية نصوا على اشتراط سماع الشهود لقبول المرأة إذا كتب لها رجل إيجابه في نكاحها، فكان هذا دليلًا على أنهم لم يتركوا السماع في البيوع اختصارًا ولا اقتصارًا، وإنما تركوه عمدًا لأنه ليس بشرط عندهم، وإلا لنصوا عليه كما نصوا عليه في النكاح، وكما نصوا عليه في حال كان المتعاقدان حاضرين.

ونوقش هذا:

بأن هذا دليل عليه، فكونهم يشترطون سماع الشهود قبول المرأة دليل على أنه لا بد من السماع، والبيع مقيس على النكاح.

وربما حملهم على النص على سماع الشهود ليبينوا أن النكاح لا يد فيه من أن يكون القبول عندهم باللفظ بخلاف البيع، فإنه يقع كتابة من الجانبين.

الدليل الثالث: يرى الدكتور وحيد سوار أن أوضح نص يشير إلى مواجهة الفقهاء مواجهة صريحة لشرط السماع، وأن تعبير القابل مستثنى من شرط السماع قول الشيخ عبد القادر الرافعي مفتي الديار المصرية المتوفى سنة ١٣٢٣هـ تعليقًا على ما جاء في رد المحتار قوله: «(لأن قراءته قائمة مقام الخطاب) الظاهر أن مسألة الكتاب مستثناة من اشتراط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر؛ لأن القراءة وإن أقيمت مقام الخطاب لم يوجد من الكاتب سماع القبول من الآخر لا حقيقة ولا حكمًا، وإن وجد المكتوب إليه السماع حكمًا بالقراءة». =

□ حجة من يقول: يلزم البيع بصدور القبول.

الدليل الأول:

يقول الشيخ علي قره داغي: «لا يوجد نص في جميع المذاهب التي اطلعنا على آرائهم ما يدل على اشتراط علم الموجب بالقبول في التعاقد بين الغائبين ليتم العقد، بل بالعكس وجدنا نصوصهم تتظاهر على تثبيت هذه القاعدة، وهي أن العقد يتم بركنيه، وهما الإيجاب والقبول، فإذا توفر فقد تم العقد، وأما اشتراط علم الموجب بعد تحققهما فهذا اعتراف ضمني بعدم كفاية الإيجاب والقبول في انعقاد العقد، وترتيب الأثر»(١).

الدليل الثاني:

أن في اشتراط علم الموجب للقبول فيه تأخير كبير لآثار العقد لا يتفق مع متطلبات العصر الحديث من سرعة إنهاء المعاملات، كما أن ذلك يؤدي إلى

= وأجيب على هذا:
بأن قول الرافعي إنما هو استظهار من عالم معاصر، لا تدل صراحة على استثناء سماع القبول.
وممن كان يرى أن سماع الموجب قبول المشتري ليس بشرط الدكتور قره علي داغي في كتابه القيم (مبدأ الرضا في العقود) ورأى أن السماع ليس بشرط عند الفقهاء بدليل جواز بيع الإشارة والمعاطاة.
والمقصود بالسماع هو بلوغ العلم لدى الموجب بحصول القبول من المشتري، وليس المراد هو اشتراط الحرف في الإيجاب والقبول.
والحق أن أدلة الدكتور وحيد سوار والدكتور القره داغي ليست شافية للجزم بأن الفقهاء قد عالجوا حكم اشتراط سماع الموجب للقبول، فهي محل اجتهاد للعلماء المعاصرين ليبحثوا فيها ما يمكن أن يحقق مصلحة كل من البائع والمشتري ويدفع الضرر عنهما، والله أعلم.

(١) مبدأ الرضا في العقود (٢/ ١١٠١).

زعزعة الثقة وعدم اطمئنان القابل من فعالية قبوله، حيث إن للموجب الحق في رفض التعاقد بعد القبول وقبل وصوله إلى علمه.

الدليل الثالث:

أن الموجب حينما بعث بإيجابه إلى الآخر عن طريق الكتابة أو الرسول، فقد تصور العقد والمعقود عليه، وانتهى من كل شيء من جانبه، فالأمر موكول إلى الآخر، فإذا قبله فقد تم العقد، فما الجدوى في تأخير انعقاد العقد إلى حين علم الموجب؟[(١)].

الدليل الرابع:

«إذا كنتم تقولون: إن الوقوف عند وقت صدور القبول في التعاقد ما بين الغائبين يلقي الموجب في حيرة، فهو لا يعلم متى تم العقد، ولكن هذا القول مردود بأن الوقوف عند وقت العلم بالقبول هو أيضًا من شأنه أن يوقع القابل في حيرة، إذ هو لا يدري متى وصل القبول إلى علم الموجب، فلا يعلم متى تم العقد، ونرى من ذلك أن اعتبار وقت صدور القبول من شأنه أن لا يطمئن الموجب واعتبار وقت العلم بالقبول من شأنه أن لا يطمئن القابل، فلا ميزة لقول على آخر من حيث اطمئنان المتعاقدين»[(٢)].

ويناقش هذا:

بأن هناك فرقًا بين البائع والمشتري، فالبائع لو قلنا بنظرية الإعلان تبقى يده معلقة من التصرف في المبيع في الوقت الذي لا يعلم هل قبل القابل أم لا، فيكون في ذلك ضرر بين عليه في حالة ما إذا كان القابل قد رفض الشراء، أما

---

(١) انظر مبدأ الرضا في العقود (٢/ ١١٠١، ١١٢٦).

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ٢/ ص١٢١٦).

المشتري فإن الثمن غالبًا ما يكون وجوبه في ذمته، فله حق التصرف في عين ماله، فالأخذ بنظرية إعلان القبول هو من باب تحقيق مصلحة له، لا أكثر، وإذا اجتمع دفع المفسدة وجلب المصلحة كان دفع المفسدة مقدمًا على جلب المصلحة.

❑ حجة من يقول: يشترط العلم بالقبول.

الدليل الأول:

يذكر الحنفية في شروط انعقاد البيع سماع كل من المتعاقدين لصاحبه في البيع بين الحاضرين، حتى نقل بعضهم أن السماع شرط لانعقاد البيع بالإجماع، وهذا يدل على أنه شرط في البيع بين الغائبين كذلك.

جاء في البحر الرائق: «إذا قبل المشتري فلم يسمعه البائع لم ينعقد، فسماع المتعاقدين كلاهما في البيع شرط للانعقاد إجماعا، فإن سمع أهل المجلس كلام المشتري والبائع يقول لم أسمع ولا وقر في أذنه لم يصدق قضاء»(١).

وجاء في الفتاوى الهندية في معرض الكلام على شروط انعقاد البيع: «ومنها سماع المتعاقدين كلامهما، وهو شرط انعقاد البيع بالإجماع...»(٢).

وجاء في مجمع الأنهر: «وفي المحيط سماع المتعاقدين الإيجاب والقبول شرط الانعقاد»(٣).

وفي شرح مجلة الأحكام: «يشترط في انعقاد البيع... سماع كل من المتعاقدين كلام الآخر»(٤).

---

(١) البحر الرائق (٥/ ٢٨٨).

(٢) الفتاوى الهندية (٣/ ٣).

(٣) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢/ ٥).

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٣٨٢).

وفي مذهب الشافعية جاء في الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي: «وسئل: بما لفظه تبايعا، وبينهما حائل يمنع رؤية الأشخاص لأسماع الأصوات هل يصح أو لا؟

فأجاب بقوله: نعم يصح؛ لأنهم لم يشترطوا إلا سماع كل كلام صاحبه، بل صرحوا بصحة بيع الأعمى وشرائه لما رآه قبل العمى ولنفسه، وبصحة تبايع الغائبين، نعم إن كان وراء الحائل جماعة اشترط تسمية المشتري حتى يتميز منهم»[(١)].

الدليل الثاني:

في قواعد المذهب الحنفي كانوا يقيسون الكتابة على اللفظ، ولذلك كان من قواعد الحنفية: «الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر».

فما ثبت للأصل ثبت للفرع، فإذا كنا نشترط السماع في اللفظ، فلنثبت اشتراط العلم القائم مقام السماع للكتابة.

الدليل الثالث:

اشتراط السماع ليس مطلوبًا لذاته، وإنما هو وسيلة للعلم بالرضا الذي هو شرط، فليس في القرآن ولا في السنة إناطة العقود بالكلام، ولا بالنطق، وإنما الذي جاء فيهما إناطة العقود بالتراضي، وقد أجمع الفقهاء على أن العلة الحقيقية هي الرضا، ولكن لما كان أمرًا خفيًا لا يطلع عليه أقيم مقامه ما يدل عليه من سبب ظاهر، كاللفظ وغيره، فإذا كان سبب العدول عن الرضا النفسي إلى ما يدل عليه هو الاطلاع، وإذا كان الكلام الذي لا يسمع يستوي مع الرضا النفسي في عدم الاطلاع عليه، كان لا بد من السماع حتى يمكن الاطلاع عليه.

---

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى (٢/ ٢٧١).

الدليل الرابع:

إذا كان سماع القابل للإيجاب أمرًا لا يصح أن ينازع فيه، لأن من وجه إليه الإيجاب لا يمكن أن يرضى إلا إذا علم بالإيجاب؛ لأن الرضا لا يكون بدون علم، فكذلك يجب سماع القبول؛ لأن الإعلان عن الرضا لا فائدة منه إلا بالاطلاع عليه، فإذا لم يسمع القبول فإنه يستوي حينئذ بالرضا المستكن في النفس الذي أجمعوا على عدم تأثيره في عقود المبادلات المالية، فإذا سمع الموجب فقد تحقق السماع والعلم(١).

الدليل الخامس:

إذا لم نشترط علم الموجب للقبول، فقد يحرم الموجب من فرصة التعاقد مع قابل آخر قد يعرض ثمنًا أفضل، لظنه أن المشتري يحتمل أن يكون قد قبل عرضه، وقد يعتقد مع تأخر وصول القبول أن إيجابه مرفوض، فيتعاقد مع شخص آخر ظنًا منه بأن إيجابه لم يقبل، فيكون عرضة لضياع مصلحته أو مصلحة القابل، وكل ذلك يدل على عيب في الاكتفاء بنظرية الإعلان فقط.

مناقشة كل من النظريتين:

بالنظر إلى أدلة كل قول يتكشف لنا عيوب القول المقابل: فالعيوب التي تتوجه إلى نظرية العلم:

منها أن في اشتراط علم الموجب للقبول تأخيرًا كبيرًا لآثار العقد لا يتفق مع متطلبات العصر الحديث من سرعة إنهاء المعاملات، كما أن ذلك يؤدي إلى

(١) انظر التراضي في عقود المبادلات المالية (ص٣١٣).

زعزعة الثقة وعدم اطمئنان القابل من فعالية قبوله، حيث إن للموجب الحق في رفض التعاقد بعد القبول وقبل وصوله إلى علمه.

❑ والعيوب التي تتوجه إلى نظرية الإعلان:

تكاد السلع في أيامنا تتعرض في كثير من الأحيان إلى ارتفاع حاد، أو هبوط مفاجئ، ومع تهاون الناس في التزاماتهم الشرعية، وقلة الأمانة لدى كثير من المتعاملين في السوق، وكثرة الحيل في المعاملات المالية فإنهم سوف يسعون في حالة هبوط السلع إلى عدم لزوم البيع، وفي حالة ارتفاع السلع سيكون الموقف بالعكس، فإذا تم تبني نظرية إعلان القبول فإن إثبات وقت صدور القبول يشكل صعوبة كبيرة إلى درجة أنه قد يستحيل الإثبات في غالب الأحيان، فالقابل يسعه أن يغير مضمون القبول أو يبطله ما لم يرسله إلى الموجب.

كما أن الموجب الذي ليس على علم بذلك قد يعتبر إيجابه ساقطًا، وقد يتعاقد مع شخص آخر ظنًا منه بأن إيجابه لم يقبله المرسل إليه، وفي مقابل ذلك يكون القابل في هذه الفترة على ثقة من انعقاد العقد، وينظم أموره حسب ذلك[١].

ولوجود عيوب في نظرية الإعلان والقبول تفرعت قيود على هاتين النظريتين مما نتج عنه نظريتان أخريان، أعطيتا مصطلاحات خاصة، منها:

❑ الأولى: نظرية تصدير القبول (نظرية الإرسال)

الفرق بين نظرية إعلان القبول، ونظرية تصدير القبول.

أن نظرية الإعلان تقول: إذا قبل من وجه إليه الإيجاب تم العقد دون حاجة

(١) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي - العدد السادس - الجزء الثاني (ص١٠٣١).

إلى تأخير ذلك إلى وقت لاحق، ويعيب هذه النظرية أن الموجب ستمضي عليه فترة عدم استقرار، لا يعلم فيها إذا كان العقد قد انعقد أم لا.

❑ وأما نظرية تصدير القبول:

فهي تتفق مع النظرية الأولى في أساسها، ولكنها تختلف عنها في اشتراط أن يكون القبول نهائيًا، والقبول لا يكون نهائيًا في رأي أصحابها إلا إذا استحال على القابل الرجوع فيه، وهذا لا يتأتى إلا إذا صَدَّر القبول فعلًا بالبريد أو البرق؛ لأنه قبل تصديره يكون في استطاعة القابل الرجوع فيه بإهمال تصدير الكتاب الذي يتضمنه أو بإعدامه، وهو ما قد يحدث لو تغيرت الظروف، وأصبحت الصفقة غير مربحة له(١).

❑ الثانية: نظرية استلام القبول (نظرية التسليم)

هذه النظرية تقول بانعقاد العقد عندما يتسلم المرسل (الموجب) جواب الطرف القابل، ولو قبل الاطلاع على مضمونه.

وتخالف نظرية العلم بالقبول بأن العقد في القول باشتراط العلم بالقبول لا ينعقد إلا بعد الاطلاع على مضمون الخطاب، فلو أقام الدليل على أنه لم يعلم بالقبول بالرغم من وصوله لم ينعقد العقد(٢).

---

(١) مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (ص٦٨)، الوسيط - مصادر الالتزام (١/ ٢٥٦، ٢٥٧).

(٢) فأصبحت النظريات أربع، نأخذها حسب التسلسل:
الأولى: إعلان القبول. ينطلق أصحابه من موافقته للقواعد العامة، طالما أن العقد توافق إرادتين، وبالتالي فإن إعلان القبول في هذه الحالة ينعقد به العقد، لكن لما كان إعلان القبول هذا عملًا فرديًا من جهة القابل يستطيع أن يرجع فيه متى شاء، لذا فقد وجد المذهب الثاني، وهو (تصدير القبول) حيث يشترط أصحابه تصدير القبول بالبريد حتى نتفادى =

وقد تبنى اتفاق فيينا نظرية استلام القبول في مادتيه (٢٣) و (٢٤): يقول الشيخ إبراهيم كافي: «نشير هنا إلى موقف اتفاق فيينا في هذه القضية- ذلك الاتفاق الذي يعتبر ممثلًا لأخر ما توصل إليه معظم الحقوقيين في العالم في هذا المضمار - وهو الانحياز إلى نظرية استلام القبول»[1].

❑ الراجح من هذه الأقوال:

هذه المسألة كما يقول عنها الشيخ الدكتور إبراهيم كافي بعد أن قدم بحثًا مميزًا في هذا الموضوع، يقول: «لا يمكن أن ننكر أن الموضوع يحتمل أكثر من وجه، ويوقع المرء في حيرة لا محالة»[2].

وإذا كانت هذه المسألة من الصعوبة بمكان لعدم وجود أثر يقطع النزاع، فتبقى المسألة محل نظر واجتهاد وتلمس للحكم الشرعي بما يحفظ مصلحة البائع والمشتري، وبما يوافق القواعد العامة للشريعة، فالترجيح مني في مثل هذه الحال سيكون مجرد ميل واستحسان لقول على آخر، لا أكثر، فإذا رأينا أن

= رجوع القابل وتكون موافقته نهائية، ومع ذلك وجه النقد لتصدير القبول على هذا النحو، باعتبار أن التصدير أيضًا غير كاف إذ إن الشخص ما زال بإمكانه استرداد رسالته، أو أن يتدارك ذلك بإرسال برقية تفيد عدوله عن القبول، ولتفادي الانتقادات الخاصة بإمكان الرجوع في القبول، واسترداده في حالة تصديره ظهر مذهب (استلام القبول) أي أن العقد ينعقد عندما يصل القبول إلى الموجب، لكن هذا المذهب لم يخل من النقد أيضًا إذ هو لا يفيد علم الموجب بالقبول، ومن ثم فإن الاتجاه الرابع قد ذهب إلى العلم بالقبول، وبمقتضاه أن العقد لا ينعقد إلا إذا اطلع الموجب على القبول، وإن كان وصول القبول يعتبر قرينة على العلم به، ويجوز إثبات عكسها. انظر النظرية العامة للالتزامات - الدكتور أمجد محمد منصور (ص٧٩، ٨٠).

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ٢/ ص١٠٢٨).

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ٢/ ص١٠٤٩).

الأصل عدم وقوع البيع حتى نتيقن أو يغلب على الظن وقوعه، وأن الأصل بقاء ما كان على ماكان، وأن القبول لا فائدة منه إلا بعد الاطلاع عليه.

وأن القول بنظرية الإعلان سوف يتضرر البائع دون المشتري، فالمشتري يده مطلقة في الثمن، بينما البائع لا يمكنه التصرف في المبيع حتى يعلم بالرفض، وقد يتأخر وصول هذا العلم كثيرًا، ويترتب على ذلك أضرار كبيرة، فأرى أن القول باشتراط العلم بالقبول أرفق بالبائع، وأكثر رعاية لمصالحه، هو أولى بالمراعاة من المشتري؛ لأن البيع إخراج للمبيع من ملكه، فيجب أن تكون الإرادة المفروضة مطابقة لمصلحة البائع عند عدم الاتفاق، كما أن الراجح فيما لو اختلف المتبايعان في عين المبيع فالقول ما يقول رب السلعة أو يتاركان، فراعى هنا مصلحة البائع؛ لأن في ذلك إخراجًا للمبيع من ملكه بغير رضاه، فكذلك هنا نراعي مصلحة البائع، ونقول لا بد من علمه بالقبول لينتج للعقد أثره المترتب عليه، على أن استلام القبول قرينة على الاطلاع عليه إلا أن يثبت عكسه من سفر أو مرض لم يتمكن بسببه من الاطلاع.

وإذا كانت القاعدة الشرعية أن دفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة، فإن القول باشتراط العلم بالقبول فيه دفع للمفسدة الواقعة على البائع، بينما الأخذ بنظرية الإعلان فيه جلب مصلحة للمشتري، في الوقت الذي قد يتضرر البائع، فإن قيل: تأخير القبول قد يلحق ضررًا بالمشتري. قيل في الجواب عن ذلك الأصل عدم وقوع الشراء، والثمن غالبًا ما يكون متعلقًا في الذمة، فلا أحد يملك أن يقيد يده من التصرف، بخلاف البائع فإن القول بالاكتفاء بالقبول يكف يد البائع عن التصرف في المبيع إلى حين يعلم هل قبل أو رفض المشتري، وفي ذلك ضرر بين، وإن كنت أنصح في مثل هذه العقود أن يشترط البائع أن يكون

الإيجاب موقتًا بوقت إذا لم يصل إليه القبول في خلاله يكون في حل من إيجابه، كما هو مذهب المالكية فهذا يحل الإشكال من أساسه، ولا يجعل البائع معلقًا لا يتمكن أن يستغل المبيع انتظارًا لقبول قد يقع وقد لا يقع، وقد يفوت عليه عروضًا كثيرة ربما تكون أهم من العرض الذي قدمه للمشتري.

وقد استعرض مجمع الفقه الإسلامي هذه المسألة وقدمت خلال دورته بحوث قيمة ناقشت هذه المسألة بإسهاب، واختلفت أراء أصحاب البحوث فيها كحال مسائل الخلاف، وكان قرار المجلس قد أخذ بنظرية الإعلان، وإليك نص القرار.

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧ إلى ٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ١٤-٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، ونظرًا إلى التطور الكبير الذي حصل في وسائل الاتصال وجريان العمل بها في إبرام العقود، لسرعة إنجاز المعاملات المالية والتصرفات، وباستحضار ما تعرض له الفقهاء بشأن إبرام العقود بالخطاب والكتابة وبالإشارة وبالرسول... قرر:

١ - إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة، أو السفارة (الرسول) وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس، وشاشات الحاسب الآلي (الكمبيوتر) ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

٢ - إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد، وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقدًا بين

حاضرين، وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة.

٣ - إذا أصدر العارض بهذه الوسائل إيجابًا محدد المدة يكون ملزمًا بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة، وليس له الرجوع عنه.

٤ - إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه، ولا الصرف لاشتراط التقابض، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.

٥ - ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد للإثبات[١].

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ٢/ ص١٢٦٧) هذا موقف أغلب الفقهاء في المجمع الفقهي، وأما القوانين العربية فقد كان موقفهم مختلفًا، حيث انقسموا إلى قسمين:
الأول: أخذ بنظرية إعلان القبول.
من ذلك القانون الأردني إذا نصت المادة (١٠١) مدني على أنه إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان والزمان اللذين صدر فيهما القبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك».
ومثل القانون الأردني القانون اللبناني (م ١٨٤) والسوري (م ٩٨)، والمدونة التونسية (م٢٨).
الثاني: أخذ بنظرية العلم بالقبول.
من ذلك القانون المدني المصري ففي المادة ٩٧ مدني:
«١ - يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.
٢ - ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول». وانظر (٩١) من القانون نفسه.
ومثل القانون المصري القانون العراقي (م ٨٧)، والقانون المدني الجزائري (٦٧)، والقانون المدني الكويتي (م ٤٩).
وقد تبنى النظام الأنجلو الأمريكي نظرية تصدير القبول، وتبنى القانون الألماني (م ١٣٠) والنمساوي نظرية استلام القبول.
=

المبحث الخامس
الإيجاب والقبول بالوسائل الحديثة

قال ابن تيمية: «كل ما عده الناس بيعًا وإجارة فهو بيع وإجارة، وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال... وليس لذلك حد مستمر، لا في شرع، ولا في لغة»(١).

وذكر المالكية بأن البيع ينعقد بما دل على الرضا من قول، أو إشارة، أو كتابة من الجانبين، أو معاطاة(٢).

والإيجاب والقبول بالوسائل الحديثة مركب من صيغة لفظية وفعلية، ولذا أدرجتها في الصيغ الفعلية، وإن كانت تقبل أن تدرج في الصيغة اللفظية.

والمقصود بالوسائل الحديثة: الهاتف، والبرق، والتلكس، والفاكس ونحوها.

هذه الوسائل ليست على شكل واحد، فبعضها يأخذ حكم الكتابة، وبعضها يأخذ حكم اللفظ.

فهي إن عبرت هذه الوسائل عن ملفوظ فهي في حكم الكلام، وذلك مثل البيع عن طريق الهاتف والراديو، ونحوها.

= ويقول الشيخ إبراهيم كافي في مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ٢ص١٠١٦): «وبالرغم من أن حقوقيي القرن التاسع عشر كانوا منقسمين إلى فئتين رئيسيتين تفضل إحداهما نظرية إعلان القبول، وتفضل الأخرى العلم بالقبول، فإن معظم الحقوقيين في وقتنا الحاضر وكذلك معظم التشريعات الحديثة في اتجاهين يميل إحداهما إلى ترجيح نظرية تصدير القبول، والأخر يميل إلى ترجيح نظرية استلام القبول».

(١) الفتاوى الكبرى (٤/ ٦)، وانظر الفروق للقرافي (٣/ ١٤٣).

(٢) انظر الشرح الصغير (٣/ ١٤).

وإن عبرت هذه الوسائل عن مكتوب فهي في حكم الكتابة، فالبرق مثل الكتاب، إلا أن الكتاب يصل إلى المرسل إليه بخط يده، في حين أن البرق تعبير عما كتبه، أو تلفظ به، والفاكس يقدم صورة عما كتبه الموجب، وقد سبق لنا مناقشة حكم البيع عن طريق الكتابة، وتوصلنا أن الكتاب في حكم الخطاب، فأغنى عن إعادته هنا.

ويبقى البيع بالهاتف.

[ن-٥] فالبيع عن طريق الهاتف أصبح يمارس اليوم على نطاق واسع في محيط التعامل بين المشتغلين بأمور التجارة، ولذا يجب بسط الكلام فيه، خاصة أن الفقهاء قديمًا لم يتعرضوا لحكمه لعدم وجود الهاتف في عصرهم، ولكن يوجد من عموم كلامهم ما يستدل به على حكم البيع بالهاتف.

فقد صرح الحنفية والشافعية من أن المتعاقدين لا يشترط فيهما قرب المكان ولا رؤية بعضهما في صحة العقد.

فهذا ابن نجيم في البحر الرائق يصحح البيع، ولو كان بين البائع والمشتري نهر عظيم تجري فيه السفن، ثم قال: «وقد تقرر رأي في أمثال هذه الصورة على أنه إن كان البعد بحال يوجب التباس ما يقول كل واحد منهما لصاحبه يمنع، وإلا فلا، فعلى هذا الستر بينهما الذي لا يمنع الفهم والسماع لا يمنع»[١].

وجاء في الفتاوى الهندية: «والبعد إن كان بحال يوجب الالتباس بقول كل واحد منهما يمنع، وإلا فلا»[٢].

جاء في المجموع: «لو تناديا، وهما متباعدان، وتبايعا صح البيع»[٣].

(١) البحر الرائق (٥/ ٢٩٤).
(٢) الفتاوى الهندية (٣/ ٦).
(٣) المجموع (٩/ ٢١٤).

ويقول الشيخ أحمد إبراهيم: «وأما العقد بالتلفون فالذي يظهر أنه كالعقد مشافهة، مهما طالت الشقة بينهما، ويعتبر العاقدان كأنهما في مجلس واحد، إذ المعنى المفهوم من اتحاد المجلس أن يسمع أحدهما كلام الآخر، ويتبينه، وهذا حاصل في الكلام بالتلفون، كما هو مشاهد لنا، غاية الأمر أنه يحتمل الكذب، وتصنع صوت الغير، لكن هذا قد يحصل في الرسالة والكتابة أيضًا»(١).

ويقول الأستاذ علي الخفيف: «إذا استعملا التلفون بالتعاقد كانا كحاضرين، فيدوم مجلس العقد ما دامت محادثتهما في شأنه، فإذا انتقلا منه إلى حديث في موضوع آخر انتهى مجلس العقد، وبطل بذلك الإيجاب»(٢).

وقد تبين لنا في بحث ألفاظ الإيجاب والقبول أن الشرع يعتبر الرضا هو الأساس في صحة العقود، لهذا أجاز الفقهاء التعاقد بالرسالة والكتابة وبالإشارة والمعاطاة، بل أجاز البيع بكل ما يدل على الرضا عرفًا، فكل ما عده الناس بيعًا فهو بيع، ومنه البيع عن طريق الهاتف.

يقول الحطاب: «واحتج المالكية بما تقدم من أن الأفعال، وإن انتفت منها الدلالة الوضعية، ففيها دلالة عرفية، وهي كافية، إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما، فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل»(٣).

واختار النووي والمتولي والبغوي من الشافعية، وابن تيمية من الحنابلة انعقاد

---

(١) مجلة القانون والاقتصاد، السنة الرابعة، العدد الخامس (ص٦٥٦)..

(٢) أحكام المعاملات الشرعية، حاشية (ص١٩٢).

(٣) مواهب الجليل (٤/ ٢٢٨، ٢٢٩).

البيع بكل ما يعده الناس بيعًا[١].

وفي القانون المدني المصري: «يعتبر التعاقد بالتلفون أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان»[٢].

والذي قد يحتاج إلى توضيح في البيع بالهاتف ونحوه، الكلام في مسائل منها:

❑ المسألة الأولى: اتحاد مجلس الإيجاب والقبول

يذكر الفقهاء لصيغة العقد شروطًا من أهمها شرطان:

الأول: موافقة القبول للإيجاب، وسيأتي الكلام عليه بشيء من التفصيل إن شاء الله تعالى.

الثاني: اتصال القبول بالإيجاب، ويشترط لاتصال القبول بالإيجاب ثلاثة شروط:

- أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد.
- ألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل على إعراضه.
- ألا يرجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول.

فما الذي يقصده الفقهاء بقولهم: اتحاد مجلس العقد، أو أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد؟

ليس المراد من اتحاد المجلس المطلوب في كل عقد كون المتعاقدين في

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ٣)، نهاية المحتاج (٣/ ٣٧٦)، الإنصاف (٤/ ٢٦٤)، مجموع الفتاوى (٢٩/ ٧).

(٢) المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، مادة (١٤٠).

مكان واحد، لأنه قد يكون مكان أحدهما غير مكان الآخر كما مر علينا في البيع عن طريق المكاتبة أو المراسلة، وإنما المراد باتحاد المجلس: **الوقت الذي يكون فيه المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد.**

فمجلس العقد: **هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض في العقد**، ما لم يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل أجنبي يعتبر إبطالًا للإيجاب، كرجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول، أو إعراض القابل عن هذا الإيجاب باشتغاله بشيء آخر غير العقد، فإذا لم يوجد شيء من ذلك صح القبول الصادر منه مهما طال الوقت.

وبناء عليه يكون اتحاد المجلس في العقد عن طريق الهاتف: هو زمن الاتصال، فما دامت المحادثة في شأن العقد قائمة اعتبر المجلس قائمًا، وإذا انتقلا إلى حديث آخر اعتبر المجلس منتهيًا[1].

❑ المسألة الثانية:

هل يثبت خيار ما يسمى (خيار المجلس) في البيع بالهاتف عند القائلين به، وهما الشافعية والحنابلة، وإذا قلنا بثبوته فكيف نكيفه؟

قال النووي: «لو تناديا، وهما متباعدان، وتبايعا صح البيع، وأما الخيار:

فقال إمام الحرمين: يحتمل أن يقال: لا خيار لهما؛ لأن التفرق الطارئ يقطع الخيار، فالمقارن يمنع ثبوته.

قال: ويحتمل أن يقال: يثبت ما داما في موضعهما، فإذا فارق أحدهما موضعه بطل خياره، وهل يبطل خيار الآخر أم يدوم إلى أن يفارق مكانه، فيه

(١) انظر المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي (ص٤٢٣)، المدخل الفقهي العام - مصطفى الزرقاء (فقرة: ١٧١).

احتمالان للإمام، وقطع المتولي بأن الخيار يثبت لهما ما داما في موضعهما، فإذا فارق أحدهما موضعه، ووصل إلى موضع لو كان صاحبه معه في الموضع عد تفرقا، حصل التفرق، وسقط الخيار، هذا كلامه، **والأصح في الجملة ثبوت الخيار**، وأنه يحصل التفرق بمفارقة أحدهما موضعه، وينقطع بذلك خيارهما جميعًا.

وسواء في صورة المسألة كانا متباعدين في صحراء، أو ساحة، أو كانا في بيتين من دار، أو في صحن، وصفة، صرح به المتولي، والله أعلم»(١).

وفي بيع الهاتف اختلف الفقهاء المعاصرون في ثبوت خيار المجلس في الهاتف.

فقيل: لا يوجد خيار مجلس في الهاتف؛ لأن قوله: «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**» إذا حملنا التفرق على تفرق الأبدان، وهو الصحيح، فإن الأبدان قد تفرقا بهما، فأحدهما في المشرق، والآخر في المغرب، فقضية خيار المجلس ينبغي ألا يحدث لأن الوسائل الحديثة أحدثت لنا طريقة أو وضعًا غير موجود في حديث الخيار، ولا يدل عليه الحديث إلا بتمحص وتكلف وقياسات لا يدل عليها الحديث، فتحقيق المناط غير متحقق في هذا».

وذهب آخرون إلى أنه يمكن لنا أن نحدد مجلس العقد في بيع الهاتف.

يقول الأستاذ علي الخفيف رحمه الله: «إذا استعملا التلفون بالتعاقد كانا كحاضرين، فيدوم مجلس العقد ما دامت محادثتهما في شأنه، فإذا انتقلا منه إلى حديث في موضوع آخر انتهى مجلس العقد. . .»(٢).

---

(١) المجموع (٩/ ٢١٤).

(٢) أحكام المعاملات حاشية (ص١٩٢).

وحتى نعرف القول الراجح لا بد لنا من معرفة مقصد الشارع من تشريع ما يسمى بخيار المجلس، هل قصد احترام المجلس (مكان التبايع) لذات المجلس، أو قصد أن يكون هناك فترة من الزمن بعد الإيجاب والقبول يتروى فيها كل من المتعاقدين خشية أن يكون تسرع في الصفقة، لأن البيع قد يقع فجأة من غير ترو ولا نظر، فجعل الشارع هذا الخيار ليحق له الرجوع، وإذا كان المقصود بالمفارقة هو مفارقة مكان التبايع فالمكان قائم في كل صفقة، فالحكم يتعلق بمكانهما إن كانا حاضرين، أو تعلق الحكم باتصالهما إن كانا غائبين، وليس من شرط قيامه اتحاد المكان، وقد ناقشت فيما سبق المكان في حالة البيع بالمكاتبة والمراسلة، فهنا المكان هو مكان الاتصال، فإذا انقطع الاتصال بين المتصلين فقد افترقا.

❑ المسألة الثالثة:

البيع بالتلفون لا يصح فيما يشترط فيه القبض الفوري إلا إذا تم القبض بعد انتهاء المكالمة مباشرة، كأن يكون لكل واحد منهما عند الآخر وكيل بالقبض مثلًا، أو نحو ذلك، فالعقود في الأموال الربوية لا يتم فيها العقد بالهاتف إلا مع هذا الضابط.

الفصل الثاني
في صدور الإيجاب والقبول من طرف واحد

هل يمكن أن يصدر الإيجاب والقبول من شخص واحد؟ وإذا أمكن تصور ذلك، فهل يصح العقد؟

لهذه المسألة أكثر من صورة، منها الجائز، ومنها ما هو محل خلاف.

[م - ٥٤] فالصورة الجائزة، حتى حكى بعضهم الإجماع على جوازها، لها أمثلة منها:

لو زوج أمته عبده الصغير، فإن للسيد أن يتولى طرفي العقد بنفسه؛ لأنه مالك لذلك بحكم الملك، لا بحكم الإذن(١).

ومنها: الأب يشتري مال الصغير لنفسه، أو يبيع مال نفسه من الصغير(٢).

وعللوا ذلك بأن الأب من طبعه الشفقة على ولده، والميل إليه، وترك حظ نفسه لحظه.

وحكى القرافي الإجماع على صحة بيع الأب وشرائه من مال ولده الصغير(٣).

---

(١) المغني (٧/ ٢٠)، وانظر البحر الرائق (٣/ ١٥٠)، مواهب الجليل (٣/ ٤٣٩)، أسنى المطالب (٣/ ١٣٤).

(٢) انظر بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٢)، التاج والإكليل (٦/ ٤٢٣)، وقال السيوطي في الأشباه والنظائر (ص٢٦٥): «واختص الأب والجد بأحكام منها: ولاية المال... وتولي طرفي العقد في البيع..». وانظر المغني (٤/ ٦)، الإنصاف (٤/ ٣٦٣)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٧٦).

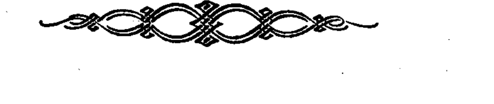
(٣) أنوار البروق في أنواع الفروق (٣/ ٢٧٢).

وأما التي هي محل خلاف، فلها صورتان:

أحدهما: مسألة بيع الوكيل لنفسه، وشرائه منها، فلو وكل رجل رجلًا على شراء عقار، وكان عند الوكيل عين المطلوب، فهل له أن يبيع هذا العقار على موكله، ومثله لو وكله على بيع العقار، وهو محتاج إليه، فهل له أن يشتري هذا العقار؟

الصورة الثانية: تولي الوكيل طرفي العقد نيابة عن العاقدين، كما لو وكله شخص على بيع سلعة، ووكله آخر على شرائها.

وسوف نتعرض إن شاء الله تعالى بالبحث لكل مسألة على انفرادها. أسأل الله وحده عونه وتوفيقه.



المبحث الأول
في بيع الوكيل لنفسه وشرائه منها

[م - ٥٥] إذا نهي الوكيل عن إجراء العقد مع نفسه فأجراه لم يصح العقد، وذلك لأن ما نهاه عنه غير داخل في إذنه، فلم يجز له كما لو لم يوكله.

أما إذا أذن له بإجراء العقد مع نفسه، أو أطلق الوكالة ففي هذا خلاف بين أهل العلم.

فقيل: له ذلك مطلقًا، وبه قال مالك رحمه الله(١)، ورواية عن الإمام أحمد(٢).

---

(١) جاء في بداية المجتهد المطبوع مع الهداية (٨/ ١٢٣): «وأما أحكام الوكيل، ففيها مسائل مشهورة:
أحدها: إذا وكل على بيع شيء، هل يجوز له أن يشتريه لنفسه؟ فقال مالك: يجوز، وقد قيل عنه: لا يجوز...». فهنا ابن رشد أطلق الجواز عن الإمام مالك، وروى الجواز بصيغة الجزم، بينما القول بعدم الجواز ساقها بصيغة التمريض.
وجاء في مواهب الجليل (٦/ ٢٠٤): «قال القرطبي في تفسير سورة البقرة، في قوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، اختلف هل له أن يشتري لنفسه من مال يتيمه، فقال مالك: يشتري في مشهور الأقوال.
والقول الثاني: أنه لا ينبغي أن يشتري مما تحت يده شيئًا لما يلحقه من التهمة إلا أن يكون البيع في ذلك بيع سلطان في ملأ من الناس..».
وجاء في القوانين الفقهية (ص٢١٦): «ويجوز للوكيل والوصي أن يشتريا لأنفسهما من مال الموكل واليتيم إذا لم يحابيا أنفسهما». وانظر الفواكه الدواني (٢/ ٢٣٠).
(٢) هذا القول هو مقتضى الرواية الثانية عن الإمام أحمد رحمه الله، حيث قال ابن قدامة في المغني (٥/ ٦٩): «يجوز لهما - أي للوكيل والوصي - أن يشتريا بشرطين: أحدهما: أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء، والثاني: أن يتولى النداء غيره..». فالغاية من اشتراط الشرطين انتفاء التهمة، وعدم محاباة النفس في تقدير الثمن.

وقيل: لا يجوز له مطلقًا، ولو أذن له الموكل، وهو مذهب الحنفية[١]، وقال به أكثر الشافعية[٢].

وقيل: إن أذن له جاز، وإلا فلا، وهو قول عند الحنفية،[٣]، والمشهور من مذهب المالكية[٤]، واختاره بعض الشافعية[٥]، والمشهور من مذهب الحنابلة[٦].

☐ تعليل من قال: للوكيل أن يبيع على نفسه ويشتري منها مطلقًا.

التعليل الأول:

استدلوا بأن الوكيل ببيعه أو شرائه قد امتثل أمر الموكل، وحصل غرضه فصح كما لو كان من شخص أجنبي[٧].

---

(١) المبسوط (١٩/ ٣٢)، البحر الرائق (٧/ ١٦٦، ١٦٧)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٨).
(٢) روضة الطالبين (٤/ ٣٠٤)، المهذب (١/ ٣٥٢)، مغني المحتاج (٢/ ٢٢٤، ٢٢٥).
(٣) حاشية ابن عابدين (٥/ ٥١٨)، البحر الرائق (٧/ ١٦٦، ١٦٧).
(٤) والإذن عندهم قد يكون حقيقيًا (صريحًا) كما لو أذن له في البيع والشراء من نفسه، وقد يكون الإذن حكميًا كما لو اشترى لنفسه بحضرة ربه. انظر حاشية الدسوقي (٣/ ٣٨٧)، الذخيرة (٨/ ١٠)، الخرشي (٦/ ٧٧).
قال الصاوي في حاشيته على الشرح الصغير (٣/ ٥١٢) حين نقل المنع من بيعه لنفسه، وشرائه منها، قال: «المنع مقيد بما إذا لم يكن شراؤه بعد تناهي الرغبات، وبما إذا لم يأذن له ربه في البيع لنفسه سواء كان الإذن حقيقيًا أو حكميًا كما لو اشتراه لنفسه بحضرة ربه...».
(٥) اختاره من الشافعية ابن سريج، انظر روضة الطالبين (٤/ ٣٠٤)، والمهذب (١/ ٣٥٢).
(٦) قال ابن قدامة في المغني (٥/ ٦٩): «وإذا أذن للوكيل أن يشتري من نفسه جاز له ذلك...». وانظر الكافي (٢/ ٢٥٣)، المحرر (١/ ٣٤٩)، المبدع (٤/ ٣٦٧).
وقال في الهداية (ص٢٧٨): «ولا يجوز للوكيل أن يبيع من نفسه من غير إذن الموكل في ذلك في إحدى الروايتين، والأخرى يجوز بأحد شرطين: إما أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء، أو يوكل من يبيعه فيكون أحد المشترين».
(٧) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١/ ٣٩٩).

ونوقش هذا:

بأن الموكل عندما وكله في البيع والشراء إنما يقصد من شخص أجنبي، ولو كان الموكل يعرف أن الوكيل سوف يتعاقد مع نفسه لباشر الموكل البيع عليه، ولم يكن هناك حاجة إلى أن ينيبه عن نفسه، وإذا كان العرف في الوكالة لا يتناول بيعه على نفسه لم يكن مفوضًا في هذا التصرف.

التعليل الثاني:

أن دين الرجل وأمانته تحمله على عمل الحق، وربما زاد خيرًا[(١)].

ويناقش هذا:

الناس متفاوتون في هذا الأمر، وربما تجد الرجل الذي ترضى سلوكه في قيامه بالواجبات المتعلقة بالبدن من صلاة وصيام وحج، وتضعف نفسه في الأمور المالية، كما أن الإنسان مجبول على محاباته لنفسه، وهو أمر مشاهد، وإنصاف الإنسان من نفسه عزيز.

التعليل الثالث:

لما جاز بيع الوكيل من غيره جاز من نفسه؛ قياسًا على الأب حيث يجوز له أن يبيع على ولده من غيره، ويجوز له أن يبيع من نفسه.

ونوقش هذا:

لا يصح القياس على بيع الأب من مال ولده لأن الوالد مفطور على الشفقة على ابنه، فالقياس مع الفارق.

---

(١) انظر الإنصاف (٥/ ٣٧٥).

❑ تعليل من قال: ليس له ذلك مطلقًا.

التعليل الأول:

الوكيل بمقتضى الطبيعة البشرية يستقصي لنفسه، وقد أخذ عليه بمقتضى عقد الوكالة أن يستقصي للموكل، فهذان غرضان متضادان فتمانعا.

ونوقش هذا:

بأن العقد لا يخرج عن صورتين: إما أن يعين الموكل للوكيل الثمن الذي يبيع به، أو لا يعين له ثمنًا، فإن عين له ثمنًا فقد زال مقصود الاستقصاء، وأن الوكيل لا يريد أكثر من هذا الثمن وقد حصل، سواء شراه الوكيل أو اشتراه غيره، وإن لم يعين له الثمن تقيد البيع والشراء بثمن المثل، كما لو باع أو اشترى من أجنبي، وهذا يدفع محاباة الوكيل لنفسه(١).

التعليل الثاني:

لا يجوز أن يتولى طرفي العقد واحد بنفسه، ويأخذ بإحدى يديه من الأخرى(٢). فكيف يكون الشخص الواحد مسلمًا ومستلمًا، مطالِبًا ومطالَبًا.

وكما أن الموكل لو وكل الوكيل ليهب من نفسه لم يصح، وإن انتفت التهمة؛ لاتحاد الموجب والقابل، فكذلك بيعه على نفسه وشراؤه منها(٣).

ويناقش:

لا يوجد دليل يمنع من قيام الوكيل بنفسه بطرفي العقد، فمن قال: لا يجوز

---

(١) انظر المغني (٥/ ٦٩).

(٢) قواعد ابن رجب (ص١٢٧).

(٣) مغني المحتاج (٢/ ٢٢٥).

فيطالب بالدليل، وإذا جاز في المسألة المتفق عليها قيامه بطرفي العقد كما لو زوج عبده الصغير أمته، جاز له ذلك في المسائل المختلف فيها.

وإذا كان الموكل مالكا للهبة بنفسه، فله الإنابة فيها؛ لأن من ملك شيئًا ملك الإنابة فيه، كما لو وكل المرأة على طلاق نفسها.

❑ تعليل من قال: ليس له ذلك إلا أن يأذن له.

التعليل الأول:

قالوا: إن سياق التوكيل في البيع يدل على إخراج الوكيل من جملة المشترين؛ لأن الموكل جعله بائعًا، فلا يكون مشتريًا، فنحتاج حتى يكون مشتريًا إلى إذن صريح من الموكل.

التعليل الثاني:

أن العرف محكم في ذلك، فمن وكل في البيع لم يدخل بيعه على نفسه، وإنما المقصود بيعه من غيره، ومن وكل في الشراء لم يدخل شراؤه من نفسه، فتحمل الوكالة على المتعارف عليه، ولذلك قلنا: نحتاج إلى إذن الموكل إذا باع أو اشترى من نفسه لحمل اللفظ على غير المتعارف عليه.

التعليل الثالث:

أن علة المنع من البيع والشراء من النفس وجود مظنة التهمة في محاباة النفس، وعدم رضا الموكل بهذا التصرف، وإخراج هذا التصرف من عموم لفظه وإذنه، فإذا صرح بالإذن فقد رضي هذا التصرف، وهو لو وهب له المبلغ كاملًا لم يكن هناك مانع شرعي، فإذا رضي منه أن يبيع على نفسه أو يشتري منها جاز ذلك من باب أولى.

واعترض الشافعية:

بأن العلة ليس انتفاء التهمة فقط، وإنما هي عدم جواز اتحاد الموجب والقابل؛ لأن الإيجاب والقبول لا ينتظمان من شخص واحد، بدليل أنه لو وكله ليهب من نفسه لم يصح مع أن التهمة منتفية.

ورد هذا:

بأنه قد جاز إجراء الأب العقد مع نفسه في مال ولده الصغير، مع اتحاد الموجب والقابل.

❑ الراجح من الخلاف:

الذي أميل إليه أن الوكيل لا يجوز له الشراء ولا البيع من نفسه إلا أن يكون هناك إذن سابق من الموكل أو إجازة لاحقة منه، أو كان الوكيل قد عين الثمن في البيع والشراء وكان يعرف ثمن السلعة[1]، أو كان البيع بالمزايدة، وتولى المزايدة غيره، فانتهت عليه، والذي يجعلنا نقول بأن الوكيل ليس له حق البيع والشراء من نفسه أن الوكالة بالبيع والشراء لا يدخل فيها عرفًا شراء الوكيل وبيعه من نفسه، إذ لو علم الموكل أن الوكيل سوف يتعاقد مع نفسه بيعًا أو شراء لأقدم على التعامل معه مباشرة منذ البداية دون أن ينيبه عنه، وإذا كان لفظ الوكالة لا يتناوله عرفًا لم يكن له حق التصرف، وإذا كان الوكيل يرى أنه لم يحاب نفسه فما المانع أن يطلع الوكيل على ذلك ليأخذ منه إجازة على تصرفه، وليبعد عن نفسه التهمة، وقد يطلع الموكل على تصرف الوكيل فيرفض هذا التصرف ويبطله، ويؤدي ذلك إلى فتح باب التنازع.

---

(١) فإن كان ثمن السلعة قد زاد وجب على الوكيل أن يطلع الموكل على سعر السلعة، فلو باعها بالثمن المحدد كان ذلك تقصيرًا منه في واجبه.

المبحث الثاني
تولي الوكيل طرفي العقد نيابة عن العاقدين

[م - ٥٦] إذا وكل شخص في بيع سلعة، ووكله آخر في شرائها، فيكون الوكيل نائبًا عن البائع والمشتري في آن واحد، فما حكم هذه المسألة؟

في هذا خلاف بين أهل العلم:

فقيل: لا يصح للوكيل إصدار تولي طرفي العقد نيابة عن العاقدين، وهذا مذهب الحنفية(١)، والشافعية(٢)، وقول في مذهب الحنابلة(٣).

وقيل: يصح، وهو مذهب المالكية(٤)، ووجه مرجوح في مذهب الشافعية(٥)، وقال ابن قدامة، والمرداوي من الحنابلة: وهو قياس المذهب(٦).

□ وجه من قال: لا يصح للوكيل تولي صيغة العقد نيابة عن العاقدين:

استدل الشافعية على عدم الجواز بأنه لا يجوز اتحاد الموجب والقابل؛ لأن

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٤، ٥٢٥)، بدائع الصنائع (٥/ ١٣٦)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣٥) وأجاز الحنفية أن يكون الواحد رسولًا من الجانبين.
(٢) الوسيط (٥/ ٧٨) و (٤/ ٤٩٣)، إعانة الطالبين (٣/ ٩٠)، مغني المحتاج (٢/ ٢٢٥)، حاشية الرملي (٣/ ١٣٤).
(٣) الإنصاف (٥/ ٣٧٧).
(٤) الذخيرة (٨/ ١٠).
(٥) قال الغزالي في الوسيط (٥/ ٧٨) «والصحيح أن الوكيل من الجانبين في النكاح لايتولى طرفي العقد، وكذا في البيع» فتعبيره بالصحيح إشارة إلى وجود ما يقابله، وهو القول المرجوح. وانظر فتح العزيز (١١/ ٣١)، روضة الطالبين (٤/ ٣٠٥).
(٦) الإنصاف (٥/ ٣٧٧)، وانظر الكافي (٢/ ٢٥٣)، المغني (٥/ ٦٩)، كشاف القناع (٣/ ٤٧٣).

الإيجاب والقبول لا ينتظمان من شخص واحد، بدليل أنه لو وكله ليهب من نفسه لم يصح مع أن التهمة منتفية.

واعترض:

بأنه لا يوجد دليل يمنع من قيام الوكيل بنفسه بطرفي العقد، فمن قال: لا يجوز فيطالب بالدليل، وإذا جاز في المسألة المتفق عليها قيامه بطرفي العقد كما لو تولى الأب طرفي البيع في مال ولده، أو زوج عبده الصغير أمته، جاز له ذلك في المسائل المختلف فيها.

ورد هذا:

بأن الأب يتولى طرفي البيع في مال ولده وكذا الجد لقوة الولاية ولكثرة الحاجة في البيع، وعسر مراجعة السلطان، وهل يتولى الجد طرفي النكاح في حفدته، فيه وجهان مبنيان على أن العلة في البيع قوة الولاية وحدها، أم مع كثرة الحاجة إلى البيع فإن النكاح نادر[١].

❑ وجه من قال بالجواز:

الوجه الأول:

أن تصرف الوكيل عن العاقدين بناء على إذن منهما، فصح تولي العقد نيابة عنهما.

الوجه الثاني:

القياس على تولي الأب والجد طرفي البيع في مال ولده.

---

(١) انظر الوسيط (٥/ ٧٧).

وأجيب:

بأن الولاية أقوى من الوكالة، لأنها مستمدة من الشرع، والأب والجد لهما حق الولاية على الأبناء، فلا يقاس الأضعف على الأقوى.

الوجه الثالث:

أن التهمة منتفية، لأن الوكيل لا يعقد العقد مع نفسه، أو مع ولده، فصحت النيابة.

الراجح: القول بالجواز بشرط أن لا يوجد ما يدل على المحاباة.



الفصل الثالث
الإيجاب والقبول الصوري

المبحث الأول: في بيع التلجئة

الفرع الأول
في تعريف بيع التلجئة

قد يصدر الإيجاب والقبول من المتعاقدين، ولا يريدان حقيقة البيع، وإنما حملهما على ذلك الخوف من ظالم، أو الهروب من المكوس ونحوها، ويسميه الفقهاء بيع التلجئة وبيع الأمانة، ويسميه المعاصرون (العقد الصوري).

❑ **تعريفه:**

يقول ابن عابدين: التلجئة: أن يتواضعا على إظهار البيع عند الناس لكن بلا قصده[(١)].

وفي تعريفات الجرجاني: هو العقد الذي يباشره الإنسان عن ضرورة، ويصير كالمدفوع إليه، وصورته: أن يقول الرجل لغيره: أبيع داري منك بكذا في الظاهر، ولا يكون بيعًا في الحقيقة، ويشهد على ذلك، وهو نوع من الهزل[(٢)].

ويقول ابن قدامة: «ومعنى بيع التلجئة: أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٨٢).
(٢) التعريفات (ص٦٩).

ملكه، فيواطئ رجلًا على أن يظهر أنه اشتراه منه؛ ليحتمي بذلك، ولا يريدان بيعًا حقيقيًا»(١).

❑ الحكم التكليفي لبيع التلجئة:

[م-٥٧] يختلف الحكم بحسب الغرض من الفعل، فإن كان الحامل على البيع الصوري حماية ماله من تسلط بعض الظلمة عليه بغير حق كان فعله مباحًا؛ لأن الإنسان من حقه أن يدافع عن ماله المعصوم، وإن كان الحامل عليه عملًا غير مشروع، كما لو كان الرجل مدينًا، فيلجأ إلى العقود الصورية ليبعد أمواله عن متناول دائنيه، بأن يتظاهر بإبرام تصرفات من شأنها إخراج هذه الأموال من ذمته، ليدعي الإعسار، وقد يخفي الطرفان عقد البيع تحت ستار عقد هبة صوري ليسقط حق الشفعة لشريكه، فهذا الفعل يكون محرمًا؛ لأنه يتضمن إسقاط حق الغير بغير حق.

❀ ❀ ❀

(١) المغني (٤/ ١٥٠).

الفرع الثاني
خلاف العلماء في بيع التلجئة

قال ابن تيمية: المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرف والعادات[١].

وقال أيضًا: كل لفظ بغير قصد من المتكلم... فإنه لا يترتب عليه حكم[٢].

وخالف في ذلك الشافعية، فقالوا:

إذا تعارضت النية واللفظ يغلب حكم اللفظ لقوته على حكم النية لضعفه[٣].

[م -٥٨] اختلف العلماء في بيع التلجئة.

فقيل: البيع باطل. وهذا القول هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف ومحمد[٤]، والمشهور في مذهب الحنابلة[٥].

وقيل: البيع صحيح، رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة[٦]، وهو مذهب الشافعية[٧]، ووجه في مذهب الحنابلة[٨].

---

(١) إقامة الدليل على إبطال التحليل (٦/ ٥٤).

(٢) مجموع الفتاوى (٣٣/ ١٠٧).

(٣) الحاوي الكبير (١٠/ ١٨٢).

(٤) قال في بدائع الصنائع (٥/ ١٧٦): «فإن كانت - يعني التلجئة - في إنشاء البيع بأن تواضعوا في السر لأمر ألجأهم إليه على أن يظهر البيع، ولا بيع بينهما حقيقة وإنما هو رياء وسمعة نحو أن يخاف رجل السلطان فيقول الرجل: إني أظهر أني بعت منك داري وليس ببيع في الحقيقة وإنما هو تلجئة فتبايعا؛ فالبيع باطل في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف، ومحمد...». وانظر المبسوط (٢٤/ ١٢٢).

(٥) قال ابن قدامة في المغني (٤/ ١٥٠): «بيع التلجئة باطل..». وانظر شرح منتهى الإرادات (٢/ ٦)، كشاف القناع (٣/ ١٤٩)، مطالب أولي النهى (٣/ ٤)، الفتاوى الكبرى (٦/ ٦٦).

(٦) بدائع الصنائع (٥/ ١٧٦)، المبسوط (١٨/ ١٢٣ - ١٢٤).

(٧) المجموع (٩/ ٤٠٥، ٤٠٦)، روضة الطالبين (٣/ ٣٥٥)، مغني المحتاج (٢/ ١٦).

(٨) الإنصاف (٤/ ٢٦٥).

وقيل: البيع موقوف، إن أجازاه معًا صح، وإن رداه بطل، وإن أجازه أحدهما لم ينعقد، وهو قول في مذهب الحنفية[١].

---

(١) انظر الفتاوى الهندية (٣/ ٢١٠).

وأما حكم المسألة في القانون، فقد اختلفوا فيما بينهم:

فهناك من يجعل الحكم في المسألة واحدًا بين المتعاقدين وبين غيرهم كالقانون الألماني، فقد قضت المادة (١١٧) من القانون الألماني بأن العقد الحقيقي هو الذي يسري فيما بين المتعاقدين، وبالنسبة للغير على حد سواء.

وهذه المسألة مستثناة من تحكيم الإرادة الظاهرة للمتعاقدين، فإن القانون الألماني يقدم الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة إلا في مسائل مستثناة، وهذه منها.

بينما القانون السويسري يأخذ بالعقد الظاهر كما في المادة (١٨).

وهناك من فرق في حكم المسألة بين المتعاقدين وبين الغير كالقانون الفرنسي:

فالمادة (١٣٢١) من القانون المدني الفرنسي أن العقد الصوري بالنسبة للمتعاقدين لا وجود له، والعقد الحقيقي هو الذي يسري في حقهم تطبيقًا لمبدأ سلطان الإرادة.

وأما بالنسبة للغير فله أن يختار حسب مصلحته بشرط أن يكون الغير وقت تعامله يجهل وجود العقد المستتر، فمن مصلحة دائن المشتري الصوري التمسك بالعقد الظاهر؛ حتى يتمكنوا من التنفيذ على العين التي اعتبرت بالنسبة لهم داخلة في ملك المشتري بمقتضى العقد الظاهر، لأن العقد الظاهر قد أوجد من الظواهر ما انخدع به الغير، واطمأن إليه، كما أنه من مصلحة دائني البائع أن يتمسكوا بالعقد المستتر باعتبار أنها لم تخرج من ملكية البائع، فإذا تعارضت مصلحة الغير كما إذا كان للبائع دائن، وللمشتري دائن آخر، فإن الغالبية تأخذ بالعقد الظاهر.

هذا ما استقر عليه القضاء في فرنسا، وهذا أيضًا ما قضى به القانون المدني المصري مقتفيًا أثر القانون الفرنسي.

يقول القانون المدني المصري مادة (٢٤٤):

(١): إذا أبرم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر، ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم.

وإذا تعارضت مصلحة ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين. =

وسبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى مسألة أخرى، وهي إذا تعارضت الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة، فما هو المقدم منهما؟

أو بعبارة أخرى، هل المعتبر في العقود المعاني أو الألفاظ.

وقد أشار النووي إلى هذا حين تكلم عن بيع التلجئة، فقال: «والصحيح صحته؛ لأن الاعتبار عندنا بظاهر العقود، لا بما ينويه العاقدان»[١].

وسوف نفرد هذه المسألة بالبحث (أعني الاختلاف بين اللفظ والمعنى) لأهميتها بعد أن ننتهي من مسألتنا هذه.

❑ دليل من قال: البيع باطل.

الدليل الأول:

(ح-٢٧) ما رواه البخاري من طريق يحيى بن سعيد الأنصاري، قال: أخبرني محمد ابن إبراهيم التيمي، أنه سمع علقمة بن وقاص الليثي يقول: سمعت عمر بن الخطاب ﷺ على المنبر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها، أو إلى امرأة ينكحها، فهجرته إلى ما هاجر إليه**[٢].

وجه الاستدلال:

أن كلًا من البائع والمشتري لم ينويا البيع، ولم يقصداه، والقصد معتبر في العقود، فلم يقع البيع.

= مادة (٢٤٥): إذا ستر المتعاقدان عقدًا حقيقيًا بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي. اهـ

(١) المجموع (٩/ ٣١٤).

(٢) صحيح البخاري (١)، ورواه مسلم (١٩٠٧) بنحوه.

الدليل الثاني:

قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

فلا بد من وجود إرادة البيع عند كل من المتعاقدين ليتحقق حصول الرضا منهما، والذي هو أهم شرط في صحة العقود، فإذا فقدت الإرادة فقد الرضا، وإذا فقد الرضا بطل البيع.

واعترض الشافعية:

بأن عدم رضاه بوقوعه مع إيقاعه لا عبرة به، فهو كظنه أنه لا يقع، لا أثر له لخطأ ظنه.

الدليل الثالث:

القياس على بيع الهازل، فإذا كان بيع الهازل لا ينعقد لعدم توفر القصد، فكذلك بيع التلجئة بجامع أن كلا منهما لم يرد البيع حقيقة.

واعترض الشافعية على هذا الدليل بأن الأصح عندهم انعقاد بيع الهازل.

❏ **تعليل من قال: يصح بيع التلجئة.**

التعليل الأول:

قالوا: إن هذا العقد قد توفرت فيه شروط البيع الصحيح، وتمت أركانه، فيكون بيعًا صحيحًا، ولا عبرة بما اتفق عليه المتعاقدان بالسر، لأن العبرة بظاهر العقود، لا بما ينويه العاقدان»[١].

(١) انظر المجموع (٩/ ٣١٤).

ونوقش:

بأن هذا البيع لم تتوفر فيه شروط البيع الصحيح، فإن من شروط البيع أن يقصد المتعاقدان حقيقة البيع ليكون البيع عن تراض منهما، وهذا ما لم يتوفر هنا، بل هو مكره على صورة العقد، وقد اتفقا على عدم نقل الملكية، وأن ملك كل واحد منهما باق على ما كان قبل العقد.

التعليل الثاني:

البيع قد تم بينهما خاليًا عن مقارنة مفسد فصح كما لو اتفقا على شرط فاسد، ثم عقد البيع بغير شرط فقد تم البيع، ولا عبرة بالشرط الفاسد، فالشرط يكون مفسدًا للعقد لو كان مقارنًا للعقد.

وأجيب:

بأننا لا نسلم بالتفريق في الشرط الفاسد بين كونه سابقًا للعقد، وبين كونه مقارنًا للعقد، وسيأتي مزيد إيضاح لهذا في باب الشروط في البيع، بلغنا الله ذلك بمنه وكرمه.

❑ الراجح:

القول بأن البيع لا يقع، وأن العبرة بما نوياه، لا بما أظهراه، لأن العبرة بالمعاني دون الألفاظ، وسوف نناقش إن شاء الله تعالى في المسألة التالية: هل العبرة في العقود المعاني أو الألفاظ.



مسألة
في اختلاف لفظ الصيغة عن معناها

[م - ٥٩] الأصل في ألفاظ العقود أن تكون مطابقة للمعنى المراد من العاقدين؛ لأن اللفظ هو المعبر عن المعنى القائم في نفس المتعاقدين، والأصل حمل كلام المتعاقدين على ظاهره، واللغة ما جعلت إلا لتعبر عما في النفس، ولو حملنا الكلام على غير ظاهره بدون صارف بطلت فائدة اللغة وفائدة التخاطب، وهذا مما لا خلاف فيه، ولكن الخلاف فيما لو تيقنا أن العاقد أراد معنى مخالفًا للفظ الصادر منه، فهل يغلب اللفظ، أو يغلب المعنى باعتباره هو المقصود، واللفظ مجرد دليل عليه؟

أضرب مثالًا ليتضح المقصود، لو أعار رجل شيئًا، وشرط عوضًا، فهل يعتبر العقد عارية، أو يعتبر إجارة لاشتراط العوض فيه؟

ولو قال: بعتك هذا الثوب بلا ثمن، فهل ينعقد هبة أو بيعًا؟

فإن نظرنا إلى اللفظ فإن الإيجاب صادر بلفظ البيع، وإذا نظرنا إلى المعنى، وكون التمليك بدون عوض فهو يدل على أن العقد من عقود التبرعات.

ولو قال العاقد: وهبتك هذه الدابة بألف، فهل ذكر العوض يجعل العقد من عقود المعاوضات فيكون بيعًا، أو نعتبر اللفظ، ونفسد العقد ؛ لأن عقود التبرعات لا عوض فيها، وهكذا إذا جاء اللفظ في العقود مخالفًا للمعنى الذي أراده العاقدان، فهل المعتبر اللفظ أو المراد المعنى؟

في هذا خلاف بين أهل العلم:

فقيل: المعتبر هو المعنى الذي قصده العاقدان، واللفظ تابع للمعنى، فإذا

تعذر حمل اللفظ على مقتضاه حمل على المعنى الذي أراده العاقدان، وهذا مذهب الحنفية(١)، والمالكية(٢)، وأحد الوجهين في مذهب الشافعية(٣)، والمشهور من مذهب الحنابلة(٤).

ولا بد عند من قال بهذا القول في اعتبار المعنى وتقديمه على اللفظ أن يقع اتفاق العاقدين على المعنى المخالف للفظ، أو تدل عليه قرينة لفظية أو عرفية،

---

(١) قال في فتح القدير (٦/ ٢٥١): «والمعنى هو المعتبر في هذه العقود؛ ألا يرى إلى ما قالوا: لو قال: وهبتك أو وهبت لك هذه الدار أو هذا العبد بثوبك هذا، فرضي به، فهو بيع بالإجماع». يقصد بذلك إجماع علماء الحنفية، والله أعلم.
وقال ابن نجيم في الأشباه والنظائر (ص٢٠٧):
«الاعتبار للمعنى، لا للألفاظ، وصرحوا به في مواضع منها. . .» ثم ذكر جملة من فروع هذه المسألة في باب الكفالة، والبيع، والهبة، والعتق، والنكاح. . الخ.
وانظر غمز عيون البصائر (٢/ ٢٦٦)، وانظر مجلة الأحكام العدلية، المادة (٣) حيث قال: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني.

(٢) جاء في تبصرة الحكام (٢/ ١٢٩):
«إذا وهب هبة تقتضي أنه يريد بها الثواب، فإن القرائن الدالة على أنه قصد الثواب تقوم مقام الشرط، مثل أن يهب الفقير لغني بخلاف العكس، فإن هبة الغني تدل على أنه لم يرد الثواب».
وقال في حاشية العدوي (٢/ ٢٦١):
«ومن وهب هبة مطلقًا، وادعى أنه وهبها للثواب، نظر في ذلك، وحمل على العرف، وإن كان مثله يطلب الثواب على الهبة صدق مع يمينه». وانظر التفريع لابن الجلاب (٢/ ٣١٤)، وحاشية الدسوقي (٣/ ٣)، والفروق للقرافي (١/ ٣٩).

(٣) المجموع (٩/ ٢٠٢)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٣٠٦)، وانظر الأشباه والنظائر للسيوطي، فقد ذكر هذه القاعدة، وفرع عليها فروعًا كثيرة (ص١٦٦)، نهاية المحتاج (٣/ ٣٨٤، ٣٨٥)، حاشية الجمل (٣/ ١٦٥).

(٤) انظر مطالب أولي النهى (٣/ ٥): حيث اعتبر لفظ: «وهبتك هذا بكذا» من الألفاظ التي ينعقد فيها البيع.
=

أو حالية(١).

وقيل: المعتبر اللفظ دون النظر إلى المعنى. وهو القول الراجح في مذهب الشافعية(٢).

= وقال في كشاف القناع (٤/ ٣٠٠): «وإن شرط الواهب في الهبة عوضًا معلومًا، صارت الهبة بيعًا، فيثبت فيها خيار مجلس ونحوه».
وقال ابن رجب في القاعدة (٣٨): «فيما إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها، فهل يفسد العقد بذلك، أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه؟ فيه خلاف، يلتفت إلى أن المغلب هل هو اللفظ أو المعنى، ويتخرج على ذلك مسائل» ثم ذكرها... وانظر الموسوعة الكويتية (٢٨/ ١٥٤).

(١) فإذا اتفق العاقدان بأن مرادهما من العقد الهبة أو البيع أو الإجارة فهذا شأنهما، والمطلوب اتفاقهما، وقد حصل؛ لأن في اتفاقهما توفرًا لشرط صحة البيع وجوازه: وهو حصول الرضا من المتعاقدين، كما قال تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].
والقرينة اللفظية: كما لو قال: وهبتك هذا الثوب بعشرة دراهم، فكونه ذكر العوض في الإيجاب دليل على أنه قصد البيع، ولم يقصد الهبة.
وأما القرينة العرفية فإنه من المعلوم أن البيع والهبة والإجارة لم يحد الشارع لها حدًا لا في كتاب الله، ولا في سنة رسوله ﷺ، ولا نقل عن أحد من الصحابة والتابعين أنه عين للعقود صفة معينة من الألفاظ، وإذا لم يكن لها حد في الشرع، ولا في اللغة، كان المرجع فيه إلى عرف الناس وعاداتهم، فما سموه بيعًا فهو بيع، وما سموه هبة فهو هبة، كما ذكر ذلك ابن تيمية في مواضع من الفتاوى (٢٩/ ١٥، ١٦، ٢٢٧) (٢٠/ ٣٤٥).
وأما القرينة الحالية: فإننا نستطيع من خلال معرفة الأحوال المصاحبة للعقد، أو السابقة له، أن نعرف الباعث على هذا العقد، والقصد من هذه المعاملة، ومن خلال معرفة ذلك نتعرف على مقصود المتعاقدين والمعنى المراد، فدلالة الحال أحيانًا تغني عن السؤال، فإذا أهدى رجل فقير إلى حاكم هدية ثمينة، علم من حال المهدي أنه ينتظر الثواب عليها، مما يجعل الغرض من هذه المعاملة المعاوضة، وليس التبرع.

(٢) قال النووي في المجموع عند الكلام على بيع التلجئة، وهو أن يتواطأ العاقدان على =

وقيل: هناك فرق بين القضاء وبين غيره، ففي القضاء العبرة بالإرادة الظاهرة إلا إذا قامت قرينة على الإرادة الباطنة، وهذا اختيار ابن القيم[(١)].

❑ **دليل من قال: المعتبر المعنى:**

الدليل الأول:

(ح-٢٨) ما رواه البخاري من طريق يحيى بن سعيد الأنصاري، قال: أخبرني محمد بن إبراهيم التيمي، أنه سمع علقمة بن وقاص الليثي يقول: سمعت عمر بن الخطاب ﷺ على المنبر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها، أو إلى امرأة ينكحها، فهجرته إلى ما هاجر إليه**[(٢)].

الدليل الثاني:

(ح-٢٩) ما رواه البخاري من طريق هشام بن عروة، عن أبيه، عن أبي حميد الساعدي قال: استعمل رسول الله ﷺ رجلا على صدقات بني سليم يدعى ابن اللتبية، فلما جاء حاسبه، قال: هذا مالكم، وهذا هدية. فقال رسول الله ﷺ: **فهلا جلست في بيت أبيك وأمك حتى تأتيك هديتك - إن كنت صادقًا-** ثم خطبنا فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: **أما بعد فإني أستعمل الرجل منكم على العمل مما ولاني الله، فيأتي فيقول: هذا مالكم، وهذا هدية أهديت لي، أفلا جلس في بيت أبيه وأمه حتى تأتيه هديته، والله لا يأخذ أحد**

= البيع خوفًا من ظالم ونحوه، ولا يريدان البيع حقيقة، قال رحمه الله في المجموع (٩/ ٣١٤): «والصحيح صحته؛ لأن الاعتبار عندنا بظاهر العقود، لا بما ينويه العاقدان».

(١) أعلام الموقعين (٣/ ١١٩).

(٢) صحيح البخاري (١)، ورواه مسلم (١٩٠٧).

منكم شيئًا بغير حقه إلا لقي الله يحمله يوم القيامة، فلأعرفن أحدا منكم لقي الله يحمل بعيرا له رغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تيعر ثم رفع يده حتى رئي بياض إبطه، يقول: اللهم هل بلغت، بصر عيني وسمع أذني، ورواه مسلم(١).

وجه الاستدلال:

أن الرسول ﷺ لم ينظر إلى لفظ المعطي، وإنما نظر إلى قصده ونيته، فلما كان الحال يدل على أن المعطي إنما أعطى نظرًا لولاية المعطى؛ لينتفعوا منه تخفيفًا عنهم أو تقديمًا لهم على غيرهم أو لغيرها من الأسباب لم يعتبر ذلك هدية، وكان هذا الحديث أصلًا في اعتبار المقاصد ودلالات الحال في العقود(٢).

الدليل الثالث:

النية تؤثر في صحة العقد وفساده، وفي حله وحرمته، وفي الثواب والعقاب، بل تؤثر حتى في الفعل الذي ليس بعقد فيصير حلالًا تارةً، وحرامًا تارة باختلاف النية والقصد، فالحيوان حلال أكله إذا ذبح لله، ويحرم إذا ذبح لغير الله، وكذلك الحلال يصيد الصيد للمحرم فيحرم عليه، ويصيده للحلال فلا يحرم على المحرم، وكذلك الرجل يشتري الجارية ينوي أن تكون لموكله فتحرم على المشتري، وينوي أنها له فتحل له، وصورة العقد واحدة، وإنما اختلفت النية والقصد، وكذلك صورة القرض وبيع الدرهم بالدرهم إلى أجل صورتهما واحدة، وهذا قربة صحيحة، وهذا معصية باطلة بالقصد، وكذلك عصر العنب بنية أن يكون خمرًا معصية ملعون فاعله على لسان رسول الله ﷺ، وعصره بنية

(١) البخاري (٦٩٧٩)، ومسلم (١٨٣٢).
(٢) انظر إقامة الدليل (٦/ ١٥٧ - ١٥٨).

أن يكون خلا أو دبسا جائز، وصورة الفعل واحدة، وكذلك السلاح يبيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به مسلمًا حرام باطل لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان وإذا باعه لمن يعرف أنه يجاهد به في سبيل الله فهو طاعة وقربة، وكذلك قول الرجل لزوجه: «أنت عندي مثل أمي» ينوي بها الظهار فتحرم عليه، وينوي به أنها مثلها في الكرامة فلا تحرم عليه، وكذلك من أدى عن غيره واجبًا ينوي به الرجوع ملكه وإن نوى به التبرع لم يرجع. وهذا كما أنها أحكام الرب تعالى في العقود فهي أحكامه تعالى في العبادات والمثوبات والعقوبات ; فقد اطردت سنته بذلك في شرعه وقدره، أما العبادات فتأثير النيات في صحتها وفسادها أظهر من أن يحتاج إلى ذكره فإن القربات كلها مبناها على النيات، ولا يكون الفعل عبادة إلا بالنية والقصد، ولهذا لو وقع في الماء ولم ينو الغسل أو دخل الحمام للتنظيف أو سبح للتبرد لم يكن غسله قربة ولا عبادة بالاتفاق، فإنه لم ينو العبادة فلم تحصل له، وإنما لامرئ ما نوى، ولو أمسك عن المفطرات عادة واشتغالا ولم ينو القربة لم يكن صائمًا، ولو دار حول البيت يلتمس شيئًا سقط منه لم يكن طائفًا، ولو أعطى الفقير هبة أو هدية ولم ينو الزكاة لم يحسب زكاة، ولو جلس في المسجد ولم ينو الاعتكاف لم يكن اعتكافًا. وهذا كما أنه ثابت في الإجزاء والامتثال فهو ثابت في الثواب والعقاب ; ولهذا لو جامع أجنبية يظنها زوجته أو أمته لم يأثم بذلك وقد يثاب بنيته، ولو جامع في ظلمة من يظنها أجنبية فبانت زوجته أو أمته أثم على ذلك بقصده ونيته للحرام، ولو أكل طعاما حرامًا يظنه حلالا لم يأثم به، ولو أكله وهو حلال يظنه حرامًا، وقد أقدم عليه أثم بنيته، وكذلك لو قتل من يظنه مسلما معصوما فبان كافرًا حربيا أثم بنيته، والأمثلة كثيرة، وهي غير محصورة(١).

(١) انظر إعلام الموقعين (٣/ ٨٩).

الدليل الرابع:

«الألفاظ مقصودة لغيرها، ومعاني العقود هي التي تراد لأجلها، فإذا ألغيت، واعتبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها، كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره، واعتبارًا لما قد يسوغ إلغاؤه، وكيف يقدم اعتبار اللفظ الذي قد ظهر كل الظهور أن المراد خلافه»[١].

قال ابن القيم: «... من عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده، والألفاظ لم تقصد لذاوتها، وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان، عمل بمقتضاه، سواء كان بإشارة أو كتابة أو بإيماءة، أو دلالة عقلية، أو قرينة حالية، أو عادة له مطردة لا يخل بها»[٢].

الدليل الخامس:

إذا كان الجهل بمعنى اللفظ يسقط حكمه، وذلك كما لو نطق الأعجمي بلفظ الكفر، أو بلفظ البيع أو الشراء، وقال: إني لا أعرف معناها، ولم أقصده، فكذلك إذا نطق العربي بلفظ، ولم يقصد معناه، بل قصد به معنى آخر، فإن اللفظ لا يلزمه حكمه، وإنما يلزمه المعنى الذي أراده وقصده[٣].

الدليل السادس:

إذا كان السامع لا يفهم معنى الجملة إلا بحسب متعلقاتها، فكذلك اللفظ

---

(١) المرجع السابق (٣/ ٧٨).

(٢) انظر قواعد الأحكام للعز ابن عبد السلام (٢/ ١٢٠)، المنثور في القواعد (٢/ ١٣)، الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي (٤/ ١٢٣).

(٣) انظر المنثور في القواعد الفقهية (٢/ ١٣).

يتغير معناه بحسب ما يتعلق به، فإذا قال الإنسان: رأيت أسدًا في الغابة فالمقصود به الأسد الحقيقي، وإذا قال: رأيت أسدًا في ساحة الوغى فالمراد به الرجل الشجاع، وكلمة أسد لفظ واحد تغير معناه بحسب ما يتعلق به، فكذلك ألفاظ العقود، فإذا اشتهر لفظ في عقد، ثم أتى بعده بمتعلق يدل على عقد آخر، فإن السامع لا يفهم منه العقد الأول، بل العقد الثاني، فلا بد أن يقبل ما أراده المتكلم ودلت عليه القرينة؛ لأن المراد بالتخاطب أن يفهم المخاطب كلام المتكلم.

الدليل السابع:

إذا كان المرجع في عقود الناس إلى عرفهم، وعاداتهم، فما عده الناس بيعًا فهو بيع، وما عدوه إجارة فهو إجارة، وما عدوه هبة فهو هبة، قال ابن تيمية: هذا أشبه بالكتاب والسنة وأعدل(١).

فإذا كان العرف يخالف الحقيقة اللغوية قدم العرف، وهذا تقديم للمعنى على اللفظ.

ونظرًا لأهمية اعتبار العرف في معرفة قصد المتعاقدين فسوف أفرد له فصلًا خاصًا.

وهناك أدلة أخرى سوف نتوسع بذكرها عند الكلام على عقد البيع، هل يتشرط فيه لفظ البيع، أو يصح بكل ما يدل عليه مما يدل على التمليك لغة أو عرفًا.

❑ دليل من قال: يقدم اللفظ.

الدليل الأول:

اعتبار المعنى يؤدي إلى إهمال اللفظ وهذا لا يصح، لأن ألفاظ اللغة لا

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٠/ ٣٤٥).

يعدل بها عما وضعت له في اللغة، فيطلق اللفظ لغة على ما وضع له، فكذا ألفاظ العقود.

ويجاب عن ذلك:

بأن القول بأن ألفاظ اللغة لا يعدل بها عما وضعت له في اللغة، هذه دعوى في محل النزاع، فأين الدليل على ذلك، بل قد ذكرنا في أدلة القول الأول تقديم النية على اللفظ في أحكام متفرقة، وكيف كانت النية مؤثرة في التحليل والتحريم والصحة والفساد، والثواب والعقاب.

الدليل الثاني:

العقود تفسد باقتران شرط مفسد، ففسادها بتغير مقتضاها أولى.

ويجاب:

بأن الشرط مؤثر في صحة العقد، فقد يشترط ما يخالف الشرع، وقد يشترط ما ينافي مقتضى العقد، بخلاف اللفظ فلا يشترط له لفظ معين، وإنما اللفظ وسيلة لمعرفة حصول الرضا من العاقدين، فإذا تحقق الرضا بأي لفظ كان فقد حصل المقصود.

الدليل الثالث:

الأصل حمل الكلام على ظاهره، ولو حملنا الكلام على غير ظاهره بطلت فائدة اللغة وفائدة التخاطب.

ويجاب:

نعم الأصل حمل الكلام على ظاهره إلا إذا تعذر ذلك لقرينة حالية أو عرفية، فكما أن الأصل حمل الأمر على الوجوب والنهي على الكراهة إلا لقرينة

صارفة، فكذلك هنا، فنحن لم نترك ظاهر اللفظ إلا عند تعذره، وكنا بين أمرين إما أن نأخذ بهذا الظاهر والذي تيقنا أنه غير مراد للعاقدين، وبالتالي نبطل العقد، وإما أن نترك هذا الظاهر لقرينة صارفة، ونعمل بالمعنى الذي أراده العاقدان، ولاشك أن إمضاء العقود خير من إبطالها بسبب لفظ ظاهر غير مراد، وإعمال الكلام خير من إهماله.

❑ وجه من فرق بين القضاء وبين غيره:

أن المتكلم بصيغ العقود إذا قصد غير معناها نحو أن يقصد بقوله: أنت طالق، أي أنها طالق من زوج سابق، لا تلزمه هذه الصيغ فيما بينه وبين الله تعالى، وأما في الحكم فإن اقترن بكلامه قرينة تدل على ذلك لم يلزمه أيضًا؛ لأن السياق والقرينة تدل على صدقه، وإن لم يقترن بكلامه قرينة أصلًا، وادعى ذلك دعوى مجردة لم تقبل منه؛ لأنها خلاف الظاهر.

وهذا القول وسط بين القولين، خاصة أنه عند التنازع لابد من العمل إما بالبينة، أو بالظاهر، فإذا لم يوجد بينة أو قرينة تدل على عدم إرادة المعنى الظاهر علمنا بالظاهر، والباطن بينه وبين الله ﷻ. والله أعلم.



الفرع الثالث
الهزل في البيع

[م - ٦٠] من البيع الصوري أن يكون المتعاقدان أو أحدهما هازلًا، ولم يقصد إنشاء العقد، فهل ينعقد بيع الهازل، أو يعتبر باطلًا لعدم قصد البيع.

اختلف العلماء في هذا:

فقيل: لا ينعقد بيع الهازل، وهذا مذهب الحنفية[١]، والمالكية[٢]، ووجه في مذهب الشافعية[٣]، والوجه المشهور في مذهب الحنابلة[٤].

وقيل: ينعقد، وهو قول في مذهب المالكية[٥]، وأصح الوجهين في مذهب الشافعية[٦]، ووجه في مذهب الحنابلة، اختاره أبو الخطاب[٧].

وقيل: يقبل إن ادعى الهزل بقرينة، وهو قول في مذهب المالكية[٨]، وقول

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٧٦)، المبسوط (٢٤/ ٥٥)، البحر الرائق (٦/ ٩٩)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٧).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٢٣١)، حاشية الدسوقي (٢/ ٣٥١)، منح الجليل (٤/ ٤٣٦).

(٣) المجموع (٩/ ٢٠٤، ٢٠٥).

(٤) تصحيح الفروع (٤/ ٤٩)، وقال ابن اللحام في القواعد والفوائد الأصولية (ص٨٤): «المشهور بطلانه». وانظر كشاف القناع (٣/ ١٥٠)، الإنصاف (٤/ ٢٦٦).

(٥) جاء في تفسير القرطبي (٣/ ٣٥٧): «ولو قال البائع: كنت لاعبًا، فقد اختلفت الرواية عنه، فقال مرة: يلزمه البيع، ولا يلتفت إلى قوله...».
وقال أيضًا (٨/ ١٩٧): «اختلف العلماء في الهزل في سائر الأحكام، كالبيع والنكاح والطلاق على ثلاثة أقوال، لا يلزم مطلقًا، يلزم مطلقًا، التفرقة بين البيع وبين غيره، فيلزم في النكاح والطلاق... ولا يلزم في البيع».

(٦) المجموع (٩/ ٢٠٤، ٢٠٥)، روضة الطالبين (٦/ ٥١)، .

(٧) تصحيح الفروع (٤/ ٤٩)، القواعد والفوائد الأصولية (ص٨٤).

(٨) جاء في تفسير القرطبي (٣/ ٣٥٧): «ولو قال البائع: كنت لاعبًا، فقد اختلفت الرواية =

في مذهب الحنابلة(١).

❑ دليل من قال: لا ينعقد.

ذكروا أن العاقد وإن تكلم بصيغة العقد إلا أنه لم يرد حكم العقد، ولم يرض به، ولا بد من إرادة العقد ليتحقق الرضا، والذي هو شرط أساسي في صحة البيع، فإذا عدم الرضا عدم العقد.

❑ دليل من قال: ينعقد بيع الهازل.

الدليل الأول:

الهزل لم يجعله الله عذرًا صارفًا، بل صاحبه أحق بالعقوبة، ألا ترى أن الله تعالى عذر المكره في تكلمه بالكفر إذا كان قلبه مطمئنًا بالإيمان، ولم يعذر الهازل، بل قال: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَءَايَـٰتِهِۦ وَرَسُولِهِۦ كُنتُمْ تَسْتَهْزِءُونَ ﴿٦٥﴾ لَا تَعْتَذِرُوا۟ قَدْ كَفَرْتُم بَعْدَ إِيمَـٰنِكُمْ﴾ [التوبة: ٦٥]، وكذلك رفع المؤاخذة على المخطئ والناسي(٢).

الدليل الثاني:

الهازل غير مأذون له في الهزل في العقود، فهو متكلم باللفظ، مريد له، ولم يصرفه عن معناه إكراه، ولا خطأ، ولا نسيان، ولا جهل(٣).

= عنه، فقال مرة: يلزمه البيع، ولا يلتفت إلى قوله، وقال مرة ينظر إلى قيمة السلعة، فإن كان الثمن يشبه قيمتها فالبيع لازم، وإن كان متفاوتًا كعبد بدرهم، ودار بدينار علم أنه لم يرد به البيع، وإنما كان هازلًا فلم يلزمه».

(١) الإنصاف (٤/ ٢٦٦)، الفروع (٤/ ٤٩).

(٢) إعلام الموقعين (٣/ ٦٣).

(٣) انظر المرجع السابق.

فمن باشر سبب الحكم باختياره لزمه مسببه ومقتضاه وإن لم يرده[1].

الدليل الثالث:

عقد الهازل قد توفرت فيه شروط البيع الصحيح، وتمت أركانه، فيكون بيعًا صحيحًا، ولا عبرة بما نواه وقصده، وإنما العبرة بالإرادة الظاهرة حفاظًا على مبدأ استقرار العقود والمعاملات.

وأجيب:

بأننا قدمنا الأدلة في المسألة السابقة بأن العبرة بالعقود بما نواه وقصده العاقدان، وإذا تعارضت الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة قدمت الإرادة الباطنة.

❑ دليل من قال: لا بد من قرينة على أنه كان هازلًا.

الهزل أمر باطن لا يعرف إلا من جهة الهازل، والأصل عدم الهزل، فإذا تكلم في إيجاب العقد أو في قبوله فالأمر محمول على الجد، وأما دعواه الهزل وأنه لم يقصد العقد فهذا أمر خفي بينه وبين الله، وأما في الظاهر فهو محمول على الصحة، ولا نقبل قوله في دعوى الهزل إلا بقرينة؛ لأنه يستلزم من قبول قوله إبطال حق العاقد الآخر، ولو فتح الباب في هذا لكان كل من يريد أن يفسخ العقد يدعي الهزل.

❑ الراجح:

بعد استعراض الأقوال نجد أن الأقوال ترجع إلى قولين: ينعقد بيع الهازل، أو لا ينعقد، وأما القول بأنه لا بد من قرينة تدل على أنه أراد الهزل فهذا القول يرجع إلى القول بعدم انعقاد العقد في بيع الهازل؛ لأن هذا القول لم يطلب

---

(١) تهذيب السنن (٦/ ١٨٨).

سوى إثبات وجود الهزل، فإذا ثبت لديه انتفى الحكم عنده، وأظن أن القائلين لا ينعقد لا يختلفون في هذا، لأن الأمر إما أن يصدقه صاحبه على دعوى الهزل، أو يكذبه، فإن صدقه أصبحت الأقوال في المسألة قولين، وإن كذبه فالأصل مع مدعي الجد؛ لأنه هو الأصل، ولذلك الحنفية الذين يقولون بأن بيع الهازل لا ينعقد يقولون في نفس الوقت لا بد من قرينة،

جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام «الجد شرط في البيع، فلا ينعقد بيع الهزل؛ إذ لا رضاء في عقد يبنى على الهزل. . . وعلى هذا إذا قصد بالمبايعة الهزل وجب التصريح بذلك أثناء العقد إذ لا تغني دلالة الحال عن ذلك وحدها. فعلى الهازل في بيعه أن يقول للمشتري إني بعتك هذا المال هازلًا. وإذا تواطأ متبايعان على أن العقد الذي سيجريانه بحضور الشهود يراد به الهزل فالتواطؤ الذي تقدم العقد بمنزلة التصريح بقصد الهزل أثناء العقد ويكون هذا البيع بيع هزل، فإذا اختلف المتبايعان في البيع، هل هو هزل أو جد؟ فالقول لمدعي الجد مع يمينه، فإذا وجدت قرينة تدل على قصد الهزل في البيع كأن يباع الشيء بنقص فاحش جدًا فالقول إذ ذاك لمدعي الهزل، أما إذا ادعى الهزل مشتر بعد أن دفع ثمن المبيع أو بعضه فدعواه غير مسموعة»[1].

وإذا كان الأمر كذلك، فالخلاف إنما هو في حالة قيام ما يدل على إرادة الهزل أو الاتفاق عليه بين المتعاقدين هل ينعقد العقد في مثل هذه الحالة، أو لا ينعقد ؟ والذي يظهر لي أن القول الصواب مع قول من قال: لا ينعقد العقد لعدم وجود قصد البيع والرضا به، والله أعلم[2].

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ١٣٨، ١٣٩).

(٢) وهذا التفصيل هو ما مشى عليه القانون، يقول السنهوري في الوسيط في شرح القانون =

وهذه المسألة ترجع إلى مسألة أصولية سابقة، وهي إذا تعارضت الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، فمن المقدم، هل يؤخذ بما نواه العاقدان، أو بما أظهراه؟ وقد ناقشت هذه المسألة في مبحث مستقل، وبينت الراجح فيها، فإن شئت الاستزادة فارجع إليها مشكورًا.



= المدني الجديد في الحاشية في المجلد الأول من مصادر الالتزام (ص١٨٥): وكانت المادة (١٢٨) من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي: «لا يكون التعبير عن الإرادة باطلًا لمجرد أن صاحبه قد أضمر غير ما أظهر، ولكنه باطل إذا كان من وجه إليه يعلم بهذا التحفظ الذهني».

ويقول الدكتور الدريني في كتابه التراضي (ص٢٥٦):

«التحفظ الذهني: هو أن لا يريد الشخص ما أعلن أنه يريده، وينشأ عنه اختلاف بين الإرادة الحقيقية والإرادة الظاهرة.

ويأخذ القانون الألماني في هذه المسألة بالإرادة الظاهرة، ويترتب على ذلك أن العقد ينعقد على الرغم من أن المتعاقد قد أضمر خلاف ما أظهر، أما في القانون الفرنسي فإن العقد لا ينعقد، ولكن من الناحية العملية يكون من الصعب إثبات هذا التحفظ؛ لأن الإرادة الظاهرة إذا كانت مكتوبة، فإنه لا يجوز إثبات عكسها - أي الإرادة الباطنة - إلا بالكتابة طبقًا للقاعدة التي تقضي بأن ما يثبت بالكتابة لا يجوز إثبات عكسه إلا بالكتابة، ولما كان التحفظ الذهني مكنونًا في الضمير فإنه من الصعب إن لم يكن من المستحيل إثباته بالكتابة، الأمر الذي يترتب عليه في النهاية الاعتداد بالإرادة الظاهرة، والقول بانعقاد العقد في حالة التحفظ الذهني».

خاتمة
القول المختار في صيغة العقود

قال القاضي أبو الحسين الحنبلي: ينعقد البيع بكل لفظ يدل عليه عرف الناس وعادتهم، وإن لم يوجد الإيجاب والقبول[(١)].

[م - ٦١] بعد استعراض طويل لكلام الفقهاء في صيغ البيع المختلفة اللفظية والفعلية، حيث عرضنا بالتفصيل رأي المذاهب الفقهية بالصيغة اللفظية، سواء كان اللفظ ماضيًا أو مضارعًا أو أمرًا، كما عرضنا رأي هذه المذاهب في الجملة الاسمية، وفي كلمة نعم، وعرضنا أقوال الفقهاء في صيغة البيع الفعلية من إشارة وكتابة ومعاطاة، وعن طريق الاتصال بالبرق والفاكس والهاتف والحاسب الآلي وغيرها، ولما كان القول الراجح في جميع تلك المسائل واحدًا فيما يتعلق بالصيغة، رأيت أن أعرض هذا القول في آخر هذه المباحث خشية التكرار، فأقول:

الصحيح أن العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل، فكل ما عده الناس بيعًا، أو إجارة، فهو بيع وإجارة، وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال انعقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال، وليس لذلك حد في الشرع، ولا في اللغة، بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس كما تتنوع لغاتهم، ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاح في المعاملات، فيصح بالقول كما يصح بالفعل، ويصح بالإشارة المفهومة، والكتابة وبكل ما يدل على المراد، ولهذا أدلة كثيرة ذكرها ابن تيمية رحمه الله، أذكر منها:

---

(١) كتاب التمام لما صح في الروايتين والثلاث والأربع عن الإمام (٢/ ١٧، ١٨).

الدليل الأول:

أن الله ﷻ اكتفى بالتراضي في البيع، في قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وقال تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤].

فتلك الآية في جنس المعاوضات، وهذه الآية في جنس التبرعات، ولم يشترط لفظًا معينًا، ولا فعلًا معينًا، يدل على التراضي، وعلى طيب النفس، ونحن نعلم بالاضطرار من عادات الناس في أقوالهم وأفعالهم أنهم يعلمون التراضي وطيب النفس بطرق متعددة، والعلم به ضروري في غالب ما يعتاد من العقود، وهو ظاهر في بعضها، فإذا وجد تعلق الحكم به بدلالة القرآن.

الدليل الثاني:

أن الله ﷻ أحل البيع، ولم يبين كيفيته، فوجب الرجوع فيه إلى العرف، كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق، وهكذا كل شيء ليس له حد في الشرع، وليس له حد في اللغة فالمرجع فيه إلى العرف.

بيان ذلك: أن هذه الأسماء جاءت في كتاب الله وسنة رسوله» معلقًا بها أحكام شرعية، وكل اسم لا بد له من حد، فمنه ما يعلم حده باللغة، كالشمس والقمر، والبر والبحر، والسماء والأرض. ومنه ما يعلم بالشرع، كالمؤمن والكافر، والمنافق، وكالصلاة والزكاة، والصيام، والحج، وما لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع فالمرجع فيه إلى عرف الناس، كالقبض المذكور في قوله ﷺ: «**من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يقبضه**».

ومعلوم أن البيع والإجارة والهبة ونحوها لم يحد الشارع لها حدًا في كتاب الله، ولا سنة رسوله ﷺ، ولا نقل عن أحد من الصحابة والتابعين

أنه عين للعقود صفة معينة من الألفاظ أو غيرها، فإذا لم يكن لذلك حد في الشرع، ولا في اللغة، كان المرجع فيه إلى عرف الناس وعاداتهم، فما سموه بيعًا فهو بيع.

الدليل الثالث:

تصرفات العباد من الأقوال والأفعال نوعان:

عبادات يصلح بها دينهم، وعادات يحتاجون إليها في دنياهم، فباستقراء أصول الشريعة نعلم أن العبادات التي أوجبها الله أو أحبها لا يثبت الأمر بها إلا بالشرع، وإلا دخلنا في معنى قوله تعالى: ﴿أَمْ لَهُمْ شُرَكَٰٓؤُاْ شَرَعُواْ لَهُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنۢ بِهِ ٱللَّهُۚ﴾ [الشورى: ٢١].

وأما العادات فهي ما اعتاده الناس في دنياهم مما يحتاجون إليه، والأصل فيه عدم الحضر، فلا يحضر منه إلا ما حضره الله ﷻ، وإلا دخلنا في معنى قول الله ﷻ: ﴿قُلْ أَرَءَيْتُم مَّآ أَنزَلَ ٱللَّهُ لَكُم مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَامًا وَحَلَٰلًا قُلْ ءَآللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى ٱللَّهِ تَفْتَرُونَ﴾ [يونس: ٥٩].

﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِۚ﴾ [الأعراف: ٣٢].

فالبيع والهبة والإجارة ليست من قبيل العبادات، بل هي من قبيل العادات، فالناس لهم أن يتبايعوا ويستأجروا كيف شاؤوا ما لم تحرم الشريعة، كما لهم أن يأكلوا ويشربوا كيف شاؤوا ما لم تحرم الشريعة.

الدليل الرابع:

البيع مما تعم به البلوى، فلو كان التزام لفظ معين شرطًا في صحته لبينه النبي ﷺ بيانًا عامًا، ولم يخف حكمه، ولو بينه لنقل نقلًا شائعًا لكثرة وقوع البيع بينهم، ولأن عدم البيان يفضي إلى الوقوع في العقود الفاسدة، وأكل المال

بالباطل، فلما لم ينقل عن النبي ﷺ، ولا عن أحد من أصحابه اشتراط لفظ معين، علمنا أنه ليس بشرط[١].



(١) انظر مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥ - ٢٢).

الفصل الرابع
شروط الإيجاب والقبول

الشرط الأول: توافق الإيجاب والقبول

[م - ٦٢] يجب أن يوافق القبول الإيجاب من جميع الوجوه، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه، أو بعض ما أوجبه، أو بغير ما أوجبه، فلا ينعقد العقد(١).

جاء في درر الحكام: «يشترط في انعقاد البيع أن يكون القبول موافقًا للإيجاب في خمسة أشياء:

أولًا: في مقدار الثمن.

ثانيًا: في جنسه.

ثالثًا: في المثمن.

رابعًا: في صفة الثمن.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٦)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٢٦)، مجلة الأحكام العدلية مادة (١٧٧)، شرح فتح القدير (٦/ ٢٥٥، ٢٥٦)، روضة الطالبين (٣/ ٣٤٠)، حاشية البجيرمي (٣/ ٢١٦)، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان (ص١٨٢).

وجاء في كشاف القناع (٣/ ١٤٦، ١٤٧): «(ويشترط) لانعقاد البيع (أن يكون القبول على وفق الإيجاب في القدر) فلو خالف، كأن يقول: بعتك بعشرة فقال: اشتريته بثمانية لم ينعقد. (و) أن يكون على وفقه أيضا في (النقد وصفته، والحلول والأجل فلو قال بعتك بألف) درهم فقال: اشتريته بمائة دينار، أو قال: بعتك بألف (صحيحة فقال: اشتريت بألف مكسرة ونحوه) كاشتريته بألف نصفها صحيح ونصفها مكسر، أو قال: بعتك بألف حالة فقال: اشتريته بألف مؤجلة، أو قال البائع بألف مؤجلة إلى رجب، فقال المشتري: إلى شعبان (لم يصح) البيع في ذلك كله؛ لأنه رد للإيجاب لا قبول له».

خامسًا: في شرط الخيار»(١).

فلو أوجب البائع مثلًا البيع بثمن قدره مائة، فقبل المشتري بتسعين، فهنا خالفه في الثمن.

أو أوجب المؤجر بخمسين دينارًا نقدًا، فقبل المستأجر بخمسين مؤجلة، فهنا خالفه في صفة الثمن.

أو أوجب البيع في الكتاب فقبل في القلم، فهنا خالفه في عين المبيع (المثمن).

أو قال: بعتكه بألف، فقال اشتريته بشرط الخيار.

أو جزأ الصفقة بأن أوجب البيع في السيارتين بمائة ألف، فقال المشتري: قبلت في هذه السيارة بخمسمائة. لم ينعقد العقد؛ لأن ذلك رد للإيجاب، وليس قبولًا له.

وأما في ضم الصفقة، فإن من عادة التجار ضم الرديء إلى الجيد ترويجا للرديء بواسطة الجيد فلو ثبت للمشتري ولاية التفريق لقبل في الجيد دون الرديء فيتضرر به البائع، والضرر منفي.

قال النووي: «لم يصح - يعني البيع - بلا خلاف ؛ لأنه لا يعد قبولًا»(٢).

وجاء في الموسوعة الكويتية: «اتفق الفقهاء على أنه لا بد لانعقاد العقد من توافق الإيجاب والقبول»(٣).

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ١٤٧).

(٢) المجموع (٩/ ٢٠٠).

(٣) الموسوعة الكويتية (٣٠/ ٢١٢).

المبحث الأول
في مخالفة القبول للإيجاب

[م - ٦٣] ذهب الحنفية إلى أن القبول المخالف يعتبر إيجابًا جديدًا يحتاج حتى ينعقد العقد إلى قبول من الطرف الآخر (الموجب سابقًا)، فيكون القبول إيجابًا، والرضا قبولًا(١).

وهذا بناء على أصل الحنفية أن ما يصدر أولًا هو الإيجاب، وما يصدر تاليًا هو القبول، فلما بطل الإيجاب بمخالفة القبول له تحول القبول إلى إيجاب جديد إن قبله البائع تم العقد وإلا فلا.

وقال السنهوري: «على أنه يلاحظ أن القبول إذا عدل في الإيجاب تعديلًا جوهريًا فيمكن القول بأن المتعاقدين لم يتخطيا مرحلة المفاوضات في تعاقدهما، ولم ينتقلا منه إلى الإيجاب البات، وقد عرفنا أنه يجوز لكل متعاقد أن يعدل عن المفاوضات. . .»(٢).



(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٢٦، ٥٢٧)، البحر الرائق (٥/ ٢٨٩)،
(٢) نظرية العقد حاشية (١/ ٢٧٦).

المبحث الثاني
في قبول بعض الإيجاب

[م - ٦٤] قد يصح العقد مع أن القبول لم يتوجه لكل الإيجاب، إذا كان القبول قد طابق الإيجاب في عناصر العقد الجوهرية، وتركت بعض المسائل الفرعية.

ففي البيع: طابق القبول الإيجاب في عين المبيع وثمنه.

وفي عقد الإيجار: طابق القبول الإيجاب في العين المؤجرة، والأجرة، ومدة الإيجار، ولم يبق إلا بعض المسائل التفصيلية، فهنا يصح العقد ولو لم يتوجه القبول لجميع الإيجاب(١).

يقول الشيخ الزرقاء «إذا اتفق الطرفان المتعاقدان على المسائل الجوهرية في العقد، وعلى إرجاء الاتفاق على المسائل الفرعية فذلك كاف لاعتبار القبول مطابقًا للإيجاب، وإذا اختلفا بعد ذلك في تلك المسائل المرجأة، كلًا أو بعضًا، لا يؤثر اختلافهما في بقاء العقد، بل يعود إلى المحكمة أن تقضي فيها طبقًا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة، ما لم يكونا قد ربطا انعقاد العقد بالاتفاق اللاحق على تلك المسائل»(٢).

---

(١) انظر نظرية العقد (١/ ٢٧٦).

(٢) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة (ص٣١٤)، وهذا الكلام من الشيخ الزرقاء رحمه الله قد استفاده والله أعلم من القوانين الوضعية، قارن كلام الشيخ وبين نص القانون المصري، مادة (٩٥) مدني حيث يقول: «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق =

ويمكن لنا أن نأخذ من القيود التي ذكرها الزرقاء بأن هذه الحالة يمكن تقسيمها إلى حالتين.

الأولى: أن يكتفي الطرفان بالاتفاق على المسائل الجوهرية، ولم يتعرضا للمسائل التفصيلية، أو اتفقا نصًا على إرجاء الأمور التفصيلية إلى حين تنفيذ العقد.

ففي هذه الحالة يعتبر العقد قد انعقد على اعتبار أن نية الطرفين قد اتجهت إلى الأخذ بالعرف أو بالقواعد الكلية للشريعة، كالقواعد الخاصة في زمان ومكان تسليم المبيع، وميعاد دفع الثمن، وكيفيته، فإن لم يكن هناك عرف رجعا إلى القاضي الشرعي ليجري العقد حسب الأصل الشرعي، أو حسب الأخذ بالظاهر، والله أعلم، وسوف يأتي إن شاء الله تعالى التفصيل في حال اختلاف المتبايعين حول الأمور التفصيلية وكيفية فض النزاع فيها، بلغنا الله ذلك بمنه وكرمه.

الثانية: أن يتم الاتفاق على المسائل الجوهرية، ويتناقش الطرفان في المسائل التفصيلية دون أن يصلا إلى اتفاق في شأنها، ويتبين أن نية الطرفين قد اتجهت إلى تعليق انعقاد العقد إلى حين الوصول إلى اتفاق في شأن هذه المسائل، فهنا لا ينعقد العقد.



= عليها فإن المحكمة تقضي فيها لطبيعة المعاملة، ولأحكام القانون والعرف والعدالة». وانظر المادة (٩٥) ليبي، و (٩٦) سوري، و (١٠٠) أردني و (٦٥) جزائري، (٥٢) كويتي.

المبحث الثالث
إذا خالف القبول الإيجاب وكان في مصلحة الموجب

[م - ٦٥] إذا قال البائع: بعتك هذا الثوب بعشرة، فقال المشتري: قبلت بعشرين، فهنا لم يطابق القبول الإيجاب، ولكن هذه المخالفة كانت لمصلحة الموجب، فهل ينعقد العقد؟

وهل يمكن تصور وقوع مثل ذلك؟

قد يقع مثل ذلك كما لو جرى بين البائع والمشتري مساومة على قيمة سلعة، فيطلب فيها البائع ثمنًا أكثر من الثمن الذي عرضه المشتري، ولا يتفقان، ثم يفكر البائع، فيقبل الثمن الذي عرضه المشتري، ويفكر المشتري فيقبل الثمن الذي طلبه البائع.

وقد يقصد المشتري نفع البائع كما لو كان قريبًا أو صديقًا.

فذهب الحنفية إلى أن العقد في هذه الحالة ينعقد، ويتوقف ثبوت الزيادة على قبول الموجب في المجلس؛ لأن رضا المشتري بعشرين رضا بالعشرة وزيادة، ولكن يتوقف قبول الزيادة على قبول الموجب لأنه تمليك، ولا يدخل شيء في ملكه بغير رضاه.

وكذلك إذا قال المشتري: اشتريت بعشرين، فقال البائع: بعتكه بعشرة، صح العقد بالعشرة، واعتبرت العشرة الزائدة حطًا وإبراء من البائع، فلا تحتاج إلى قبول[1].

---

(١) البحر الرائق (٥/ ٢٧٩)، الفتاوى الهندية (٣/ ٢)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٢٦).

وذهب الشافعية إلى فساد العقد لعدم مطابقة القبول للإيجاب(١).

كما أفسدوا العقد أيضًا لو أوجب البائع بألف مكسرة، فقبل المشتري بألف صحيحة.

أو أوجب البائع بألف مؤجل فقبل بألف حال.

أو أوجب بألف مؤجل إلى شهرين فقبل بمؤجل إلى شهر. فكل ذلك عندهم لا ينعقد، مع العلم أن الزيادة هنا متعلقة بالصفة، وليست بالعدد.

والراجح هو رأي الجمهور، ما دامت المخالفة لصالح الموجب من كل وجه؛ وذلك أن مبنى العقد على التراضي، وقد تحقق، والتوافق قد تم بالنسبة للمبلغ المتفق عليه، وما زاد فالموجب إما أن يقبله، وإما أن يرده ؛ لأن الشيء لا يدخل في ملك الإنسان إلا برضاه.

نعم لو كانت المخالفة إلى خير وأفضل لكن ليست من كل وجه، وإنما من وجه دون وجه لا ينعقد العقد، إلا بموافقة الطرف الآخر، وذلك كما لو أوجب

---

(١) قال النووي في المجموع (٩/ ٢٠٠): «وفي فتاوى القفال أنه لو قال: بعتكه بألف درهم، فقال: اشتريت بألف وخمسمائة صح البيع، قال الرافعي: هذا غريب، وهو كما قال، والظاهر هنا فساد العقد لعدم الموافقة».

وفي حاشية البجيرمي (٢/ ١٧٢): «وفي فتاوى القفال أنه لو قال: بعتك بألف درهم فقال: اشتريت بألف وخمسمائة صح البيع، وهو غريب انتهى. وعليها أي: الصحة فلا يلزمه إلا الألف وحينئذ قد يقال: لا استغراب، ويفرق بين هذه الصورة وصورة المتن وهي قوله: فلو أوجب بألف مكسرة فقبل بصحيحة لم يصح بأن الزيادة في تلك زيادة صفة غير متميزة، فبطل العقد فيها، بخلاف الزيادة في هذه فإنها متميزة مستقلة فلم يفسد بسببها العقد، غاية الأمر أنها ألغيت ولم تلتزم انتهى.

قلت: لو قيل إن مسألة القبول بالألف الصحيحة أولى بالقبول؛ فإن الثمن لم يتغير من حيث العدد، وإنما تغير من حيث الصفة، والمنة فيه أيسر من المنة في زيادة الثمن».

البائع بعشرين دينارًا نقدًا، فقبل المشتري بأربعين نسيئة إلى شهر مثلًا، فلا ينعقد العقد، لأنه وإن كان الثمن المقبول أكثر مقدارًا، فقد تكون حاجة البائع أو رغبته في النقد العاجل، فيفوت غرضه[١].

وقد صرح الحنفية بأن القبول المخالف يعتبر إيجابًا يحتاج إلى قبول، على مذهبهم باعتبار الإيجاب هو الصادر أولًا سواء من البائع أو المشتري، أو يعتبر قبولًا تقدم الإيجاب على مذهب الجمهور، فإن قبل البائع، تم البيع.

---

(١) انظر المدخل الفقهي العام - الزرقاء (١/ ٣٢٢).

☐ الشرط الثاني: اتحاد مجلس العقد ☐

☐ المقصود باتحاد مجلس العقد:

اتحاد المجلس تارة يكون حقيقيًا بأن يكون الطرفان حاضرين معًا، فيكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد.

وتارة يكون حكميًا: كما لو تفرق مجلس القبول عن مجلس الإيجاب كما في البيع عن طريق المكاتبة والمراسلة.

والمراد بالمجلس: ما هو أعم من الجلوس، فقد يحصل اتحاد المجلس مع الوقوف، ومع تغير المكان كما سيأتي عند عرض أقوال الفقهاء إن شاء الله تعالى[١].



(١) انظر الموسوعة الكويتية (١/ ٢٠٢).

المبحث الأول
تحديد مجلس العقد

الغرض من تحديد مجلس العقد: تحديد أجل للقبول يكون للقابل فيه حق التروي، فيقبل في خلاله.

وهو ما يمكن أن نطلق عليه اصطلاحًا (نظرية مجلس العقد).

وتعد هذه النظرية من أهم النظريات التي سبق إليها الفقه الإسلامي، والتي تمتاز بالدقة والإتقان، ولكن يؤخذ على بعض الفقهاء أنهم غالوا في تحديد مجلس العقد تحديدًا ماديًا وشكليًا بعيدًا عن روحه ومقصوده.

[م - ٦٦] فالحنفية بالغوا في اشتراط وحدة المكان في مجلس العقد، فجعلوا التتابع، وهما يمشيان أو يركبان، ولو دابة واحدة غير منعقد لاختلاف المجلس؛ لأن القبول يقع في غير مكان الإيجاب، فالمشي يعتبر فاصلًا بين الإيجاب والقبول، وعليه فالعقد لا يعتبر مستكملًا شروطه في هذه الحالة، فلا ينعقد، ولم يعتبروا السير على السفينة مؤثرًا، وذلك أن المجلس فيها لا يتبدل بجريانها بخلاف المجلس في المشي وفي السير على الدابة فإن المجلس يتبدل فيها، فيؤثر في صحة العقد؛ ولأن السفينة لا يملك المتعاقدان إيقافها، بخلاف الدابة(١).

وذهب الجمهور في تحديد مجلس العقد: بأن المجلس هو الزمن الذي يظل فيه المتعاقدان مشتغلين بالتعاقد، فإن أعرضا عن العقد واشتغلا عنه بما يقطعه عرفًا فقد انقطع المجلس، ومن الإعراض عن العقد انفضاض المجلس.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٧)، الجوهرة النيرة (١/ ١٨٤)، البحر الرائق (٥/ ٢٩٤).

جاء في البحر الرائق: «المجلس المتحد: أن لا يشتغل أحد المتعاقدين بعمل غير ما عقد له المجلس، أو ما هو دليل الإعراض عن العقد»(١).

وقال أيضًا: «القيام - يعني عن المجلس - دليل الإعراض»(٢).

فالعبرة هو الإعراض عن العقد، سواء كان ذلك بالقيام من المجلس، أو كان ذلك بالإعراض عنه والاشتغال بغيره، ولو كان المجلس باقيًا، فلا ينبغي أن يؤثر انتقالهما من مجلس إلى مجلس آخر ما داما منشغلين بالعقد.

وجاء في درر الحكام «وصورة اختلاف المجلس: أن يوجب أحدهما، فيقوم الآخر قبل القبول، أو يشتغل بعمل يوجب اختلاف المجلس»(٣).

وقال الحطاب: «وإن تراخى القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقًا، وكذا لو حصل فاصل يقتضي الإعراض عما كانا فيه حتى لا يكون كلامه جوابًا للكلام السابق في العرف، لم ينعقد البيع»(٤).

وقال في الإنصاف: «وإن تراخى القبول عن الإيجاب: صح، ما داما في المجلس، ولم يتشاغلا بما يقطعه. قيد الأصحاب قولهم «ولم يتشاغلا بما يقطعه» بالعرف»(٥).

ومن هنا كان مجلس العقد بالمكالمة الهاتفية: هو زمن الاتصال ما دام الكلام في شأن العقد، فإن انتقل المتحدثان إلى حديث آخر انتهى المجلس،

---

(١) البحر الرائق (٥/ ٢٩٣).
(٢) المرجع السابق، الصفحة نفسها.
(٣) درر الحكام شرح غرر الأحكام (١/ ٣٢٦).
(٤) مواهب الجليل (٦/ ٢٤٠).
(٥) الإنصاف (٤/ ٢٦٣).

وإن كان الاتصال ما زال جاريًا، وقد نقلت كلام الفقهاء المعاصرين في هذا الشأن في مسألة مستقلة.

وبهذا يتبين أن المجلس يقصد به ما هو أعم من الجلوس فقد يحصل اتحاد المجلس مع الوقوف، ومع تغير المكان والهيئة.



المبحث الثاني
الآثار المترتبة على تحديد مجلس العقد

يترتب على القول بمجلس العقد أحكام منها:

الأول: تحديد أجل للقبول يكون للقابل فيه حق التروي، فيقبل في خلاله، أو بمعنى آخر أنه يجوز أن يتراخى القبول عن الإيجاب ما دام المتعاقدان في مجلس العقد، ولم يعرضا عنه.

الثاني: أن للموجب خيار الرجوع عن إيحابه إلى أن يصدر القبول أو ينفض المجلس.

وسوف نتعرض لخلاف العلماء في هاتين المسألتين مسألة مسألة مع ذكر أدلة كل قول ومناقشتها، وفقنا الله إلى الصواب بمنه وكرمه.



الفرع الأول
في تراخي القبول عن الإيجاب

[م - ٦٧] بينا أن الغرض من تحديد مجلس العقد: تحديد أجل للقبول يكون للقابل فيه حق التروي، فيقبل في خلاله، وهو ما يسمى بتراخي القبول عن الإيجاب، فهل يشترط أن يكون القبول متصلًا بالإيجاب، أو يجوز أن يتراخى عنه؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة:

فذهب الجمهور من الحنفية(١)، والمالكية(٢)، والحنابلة(٣)، إلى عدم اشتراط الفورية في القبول، فلو تراخى القبول عن الإيجاب صح العقد ما داما في مجلس العقد، ولم يظهر منهما ما يدل على الإعراض عن العقد.

وقيل: للبائع إلزام المشتري في بيع المزايدة خاصة، ولو انفض المجلس، وهذا مذهب المالكية(٤).

وقيل: لا يشترط اتصال القبول بالإيجاب، وينعقد العقد مهما تأخر القبول عنه، ولا يقطعه طول المدة أن يكون قبولًا له، اختاره أبو بكر بن العربي من المالكية(٥).

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٧)، الجوهرة النيرة (١/ ٣٢٦)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ١٥٣).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٢٣٩)، حاشية الدسوقي (٣/ ٥)،

(٣) جاء في الإنصاف (٤/ ٢٦٣): «وإن تراخى القبول عن الإيجاب صح ما داما في المجلس، ولم يتشاغلا بما يقطعه». وانظر كشاف القناع (٣/ ١٤٧).

(٤) قال الدسوقي في حاشيته (٣/ ٥): «وللبائع إلزام المشتري في المزايدة، ولو طال الزمان، أو انفض المجلس، حيث لم يجر العرف بعدم إلزامه»..

(٥) قال ابن العربي في القبس (٢/ ٧٧٧): «اختلف العلماء إذا لم يتصل القبول بالإيجاب وتأخر عنه، فمنهم من قال: يبطل لأن اتصالهما عبادة، وهو الشافعي. =

وذهب الشافعية إلى اشتراط اتصال القبول بالإيجاب، فلو فصل بينهما بكلمة أجنبية، أو بسكوت طويل لا يتم العقد(١).

= ومنهم من قال: لا يبطل بالتأخير اليسير، واختلفوا في التأخير الكثير، وحد الكثرة فيه، والذي يقتضيه الدليل جواز تأخير الإيجاب عن القبول ما تأخر عنه، لا يقطعه طول المدة عن أن يكون قبولًا له، كما لا يمتنع أن يكون جواب الكلام بعد المدة الطويلة جوابًا له، لكنه يعترض هاهنا أمران:

أحدهما: في النكاح. والثاني: في البيع.

فأما الذي يعترض بالنكاح بتأخير القبول عن الإيجاب، فهو إيقاف الفرج على الحل والحرمة، والفروج لا تحمل ذلك، ولذلك لم يدخله شرط الخيار، فلا ينبغي أن يتأخر القبول عن الإيجاب فيه لحظة، والعجب من علمائنا أن قالوا: يجوز أن يتأخر القبول عن الإيجاب ثلاثة أيام، وهو ما بين مصر والقلزم، ولا يجوز اشتراط الخيار ساعة من نهار.

وأما البيع فلا نبالي فيه عن طول المدى إلا ما يتطرق في أثناء ذلك إلى السلعة من فساد يلحق عينها، أو حط يدرك ثمنها، وللناس غرض في قدر أموالهم، كما لهم غرض في أعيانها». اهـ

والذي يشكل على هذا ما قاله ابن رشد في بداية المجتهد، فإنه حكى الاتفاق على أن البيع لا يلزم إذا ترك المجلس، قال في البداية (٣/ ٢٢٦): «ولا خلاف فيما أحسب أن الإيجاب والقبول المؤثرين في اللزوم لا يتراخى أحدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس أعني: أنه متى قال البائع قد بعت سلعتي بكذا وكذا فسكت المشتري، ولم يقبل البيع حتى افترقا، ثم أتى بعد ذلك فقال: قد قبلت أنه لا يلزم ذلك البائع». اهـ

(١) قال النووي في المجموع (٩/ ١٩٩): «قال أصحابنا: يشترط لصحة البيع ونحوه أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول، وأن لا يتخللهما أجنبي عن العقد، فإن طال أو تخللهما لم ينعقد سواء تفرقا من المجلس أم لا، قال أصحابنا: ولا يضر الفصل اليسير، ويضر الطويل، وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول، ولو تخللت كلمة أجنبية بطل العقد».

بل بالغ بعض الشافعية، فاشترطوا عدم الفصل حتى بحرف مفهم، قياسًا على الصلاة، بل قال بعضهم: ولو كان غير مفهم، وجعل بعضهم السكوت اليسير ضارًا إذا قصد به الإعراض قياسًا على الفاتحة. انظر نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسي (٣/ ٣٨١) وما بعدها.

وجاء في أسنى المطالب (٢/ ٤، ٥): «يشترط في صحة العقد أن يقع القبول بعد =

ووافق بعض الحنفية مذهب الشافعية باشتراط الفورية إذا كان كل من المتعاقدين يمشيان(١).

❑ وجه قول الجمهور:

الوجه الأول:

الإيجاب: هو خطاب البائع للمشتري، والقبول جواب المشتري للبائع على ما عرضه عليه، وتفرق المجلس فاصل بين الخطابين، فلا يقع الكلام متصلًا، ففي تفرقهما انقطع الخطاب بينهما، فلا يمكن أن يبنى الكلام اللاحق للكلام السابق وإذا انقطع الخطاب فلا بد من إيجاب جديد.

الوجه الثاني:

قالوا: القول باعتبار المجلس قول وسط، لأننا إن قلنا: باشتراط الفورية في القبول كان في ذلك تضييق على من وجه إليه الإيجاب، وعدم إعطائه فرصة للتدبر، وقد يفاجأ بالقبول من غير توقع.

فإن رفض فورًا ضاعت عليه الصفقة.

= الإيجاب على الفور، فلا يصح على التراخي، لكن لا يضر الفصل اليسير لعدم إشعاره بالإعراض عن القبول، ولا يصح العقد إن تخلل بينهما كلام أجنبي عن العقد، ولو يسير، وإن لم يتفرقا عن المجلس؛ لأن فيه إعراضا عن القبول».

والذي يخفف الخلاف بين الشافعية والجمهور أن الشافعية عوضوا هذه الفورية بإعطاء حق الخيار للمتعاقدين بعد اتصال القبول بالإيجاب ما دام مجلس العقد باقيًا.

(١) جاء في درر الحكام (٢/ ١٤٤): «وفي الخانية: ولو تبايعا، وهما يمشيان، قال بعضهم: لا ينعقد لتفرق المجلس بالخطوات، وقال بعضهم: ينعقد إذا أجاب المخاطب موصولًا بالخطاب».

فهذا الكلام فيه اشتراط الفورية في القبول إذا كانا يمشيان.

وإن قبل فورًا ربما كان في العقد ضرر عليه، فيحتاج لفترة تأمل للموازنة بين ما يغنم، وبين ما يغرم، بين ما يجب أن يدفعه، وما له أن يأخذه.

وإن قلنا: يسمح له أن يتأخر في صدور القبول حتى بعد التفرق، كان في ذلك إضرار بالموجب، وذلك بإبقائه مدة طويلة دون الرد على إيجابه، ومن هنا فالقول بمجلس العقد قول وسط.

وعن هذا قال الفقهاء: إن المجلس يجمع المتفرقات.

يقول البابرتي: «ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس، ولم لا يبطل الإيجاب عقب خلوه عن القبول؟

أو لم لا يتوقف على ما وراء المجلس؟

وتقرير الجواب: أن في إبطاله قبل انقضاء المجلس عسرًا بالمشتري، وفي إبقائه فيما رواء المجلس عسرًا بالبائع، وفي التوقف على المجلس يسرًا بهما جميعًا، والمجلس جامع للمتفرقات... فجعلت ساعاته ساعة واحدة، دفعًا للعسر، وتحقيقًا لليسر»(١).

الوجه الثالث:

علل الحنابلة بتعليل آخر، قال ابن مفلح: «وإن تراخى القبول عن الإيجاب صح ما دام في المجلس... لأن حالة المجلس كحالة العقد، بدليل أنه يكتفى بالقبض فيه لما يشترط قبضه»(٢).

الوجه الرابع:

حكى بعضهم الإجماع على أن العقد لا يلزم بعد التفرق، قال الحطاب:

---

(١) شرح العناية (٦/ ٢٥٣).
(٢) المبدع (٤/ ٥).

«والذي تحصل عندي من كلام أهل المذهب، أنه إذا أجابه في المجلس بما يقتضي الإمضاء والقبول من غير فاصل لزمه البيع اتفاقًا.

وإن تراخى القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقًا»(١).

والإجماع الذي حكاه الحطاب ﷺ لا يسلم حتى في مذهب المالكية، فقد نقلت رأي ابن العربي الذي يرى أن اتصال القبول بالإيجاب ليس بشرط مطلقًا.

وقد حكى الإجماع غير الحطاب، فقد حكاه ابن تيمية ﷺ.

قال في معرض كلامه عن التحزيبات المحدثة في كتاب الله: «إن هذه التحزيبات المحدثة تتضمن دائمًا الوقوف على بعض الكلام المتصل بما بعده، حتى يتضمن الوقوف على المعطوف دون المعطوف عليه، فيحصل القارئ في اليوم الثاني مبتدئًا بمعطوف، كقوله: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، وقوله: ﴿وَمَن يَقْنُتْ مِنكُنَّ لِلَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾ [الأحزاب: ٣١]، وأمثال ذلك، ويتضمن الوقوف على بعض القصة دون بعض - حتى كلام المتخاطبين - حتى يحصل الابتداء في اليوم الثاني بكلام المجيب، كقوله تعالى: ﴿۞ قَالَ أَلَمْ أَقُل لَّكَ إِنَّكَ لَن تَسْتَطِيعَ مَعِىَ صَبْرًا﴾ [الكهف: ٦٧]، ومثل هذا الوقوف لا يسوغ في المجلس الواحد إذا طال الفصل بينهما بأجنبي، ولهذا لو ألحق بالكلام عطف، أو استثناء، أو شرط، ونحو ذلك بعد طول الفصل بأجنبي لم يسغ باتفاق العلماء، ولو تأخر القبول عن الإيجاب بمثل ذلك بين المتخاطبين لم يسغ ذلك بلا نزاع»(٢).

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٢٤٠).

(٢) مجموع الفتاوى (١٣/ ٤١٠، ٤١١)، وانظر الكتاب نفسه (٢١/ ١٣٩، ١٤٠).

❑ **وجه قول الشافعية:**

القياس يقتضي وجوب الموالاة بين الإيجاب والقبول، كما يجب الموالاة في رد السلام، كما لو قال كلامًا وأراد أن يلحق به استثناء، أو شرطًا، أو عطفًا، وجب ألا يكون بينهما فاصل أجنبي، أو فاصل طويل، وكما تجب الموالاة بين الرضعات الخمس، وتجب الموالاة في قراءة الفاتحة، فإن السكوت الطويل يقطع موالاتها.

ويرد عليهم:

بأن أكثر هذه الأمور تصدر من شخص واحد كالاستثناء، والقراءة، وقد يحتمل من شخصين ما لا يحتمل من واحد، وقد يشدد في باب العبادات ما لا يشدد في غيره، بل إن الحكم يختلف باختلاف الأبواب كما ذكر السبكي، فرب باب يطلب فيه من الاتصال ما لا يطلب في غيره، وقد يغتفر من السكوت ما لا يغتفر من الكلام، ومن الكلام المتعلق بالعقد ما لا يغتفر من الأجنبي، ومن الفاصل بعذر ما لا يغتفر من غيره، فصارت مراتب، أقطعها للاتصال كلام كثير أجنبي، وأبعدها عنه سكوت يسير لعذر، وبينهما مراتب لا تخفى[١].

توجيه ما ذكره الدسوقي: أن التفرق لا يؤثر في بيع المزايدة.

قال الدسوقي: «وللبائع إلزام المشتري في المزايدة، ولو طال الزمان، أو انفض المجلس، حيث لم يجر العرف بعدم إلزامه»[٢].

احتج الدسوقي بالعرف، ومعلوم أن ما تعارف عليه الناس يجري مجرى الشرط بينهم، فهو يتكلم عن مجتمع خاص جرى العرف بينهم أن ما بيع

(١) الأشباه والنظائر (ص٤٠٩).

(٢) حاشية الدسوقي (٣/ ٥).

بالمزايدة يلزم، ولو حصلت المفارقة في المجلس، والمعروف عرفًا كالمشروط لفظًا، فإذا كان هناك شرط وجب العمل به، وهذا الشرط تارة يوجبه عرف، وتارة يوجبه لفظ، ولا فرق، والكلام إذا لم يكن هناك عرف أو شرط.

قال الحطاب: والذي «تحصل من كلام ابن رشد والمازري وابن عرفة في بيع المزايدة أن كل من زاد في السلعة فلربها أن يلزمه إياها بما زاد، إلا أن يسترد البائع سلعته، ويبيع بعدها أخرى، أو يمسكها حتى ينقطع مجلس المناداة، إلا أن يكون العرف اللزوم بعد الافتراق، أو يشترط ذلك البائع فيلزم المشتري البيع بعد الافتراق في مسألة العرف بمقدار ما جرى به العرف، وفي مسألة الشرط في الأيام المشروطة. . . فإن شرط المشتري أنه لا يلزم البيع إلا ما دام في المجلس فله شرطه، ولو كان العرف بخلافه»(١).

ولذلك الدسوقي نفسه لما حكى هذا المذهب ذكر أن العرف في مصر يخالفه، فقال: «وللبائع إلزام المشتري في المزايدة، ولو طال الزمان، أو انفض المجلس حيث لم يجر العرف بعدم إلزامه، كما عندنا بمصر من أن الرجل إذا زاد في السلعة، وأعرض عنه صاحبها، أو انفض المجلس، فإنه لا يلزمه بها. . .»(٢).

❑ دليل ابن العربي على أن التفرق من المجلس لا يسقط الإيجاب.

قال ابن العربي: «والذي يقتضيه الدليل جواز تأخير الإيجاب عن القبول ما تأخر عنه، لا يقطعه طول المدة عن أن يكون قبولًا له، كما لا يمتنع أن يكون جواب الكلام بعد المدة الطويلة جوابًا له»(٣).

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٢٣٩).

(٢) حاشية الدسوقي (٣/ ٥).

(٣) القبس (٢/ ٧٧٧).

والقياس على بيع الفضولي، حيث يقف القبول على رضا المالك على المشهور وإن طال.

والقياس أيضًا على المحجور إذا باع من ماله أن لوصيه الإجازة وإن طال الأمد، ولم يحصل غير الإيجاب من المحجور مع قبول المبتاع، وإيجاب المحجور كالعدم(١).

ويمكن أن يناقش هذا:

بأن إجازة المالك في بيع الفضولي، وإجازة الوصي في بيع المحجور عليه أشبه ما يكون بالبيع بين غائبين، وليس بين حاضرين في مجلس واحد، ومعلوم أن العقد إذا كان بين غائبين أن مجلس العقد هو المجلس القابل، الذي بلغه الإيجاب، فهنا إذا علم بالإيجاب إما أن يقبل، وإما أن يسقط الإيجاب، والله أعلم.

❑ القول الراجح:

هو القول الوسط، أن تراخي القبول عن الإيجاب لا يؤثر في صحة العقد ما دام المتعاقدان في المجلس، ولم يتشاغلا عن العقد بما يعتبر إعراضًا عنه عرفًا(٢).



(١) انظر مواهب الجليل (٤/ ٢٤٠).

(٢) وقد أخذت القوانين العربية هذا القول من الفقه الإسلامي، ففي القانون المدني الأردني (٩٦) يقول: «المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول، أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك». وانظر المادة (٩٤) مدني مصري، وتطابقها المادة: ٩٤ ليبي، و المادة (٩٥) سوري، والمادة (٤٦) كويتي.

الفرع الثاني
في رجوع الموجب

[م - ٦٨] ناقشنا في المسألة السابقة الأثر المترتب على نظرية تحديد مجلس العقد، في تأخر القبول عن الإيجاب ما دام المتعاقدان في المجلس، ولم يعرضا عن العقد، وفي هذه المسألة نناقش أثرًا آخر، وهو رجوع الموجب عن إيجابه في مجلس العقد قبل صدور القبول، فالسؤال:

هل يكون الإيجاب ملزمًا قبل صدور القبول، أو يحق لمن صدر منه الإيجاب الرجوع عن إيجابه ما دام لم يقترن بالقبول؟

وقبل الإجابة على هذا السؤال، ينبغي أن نعلم أن المفاوضات لا تعتبر إيجابًا، وذلك أن الإيجاب في بعض العقود يمر بمراحل من المساومات والمفاوضات، لأن طبيعة المعاملة تحتاج إلى أناة وإمعان نظر، فما يعرض في المفاوضات لا يعتبر إيجابًا.

كما أن عرض شخص التعاقد دون بيان لشروطه كأن يعرض منزلًا للبيع دون بيان لثمنه، أو بضاعة دون بيان ثمنها، فإنه في هذه الحالة لا يتعلق الأمر بإيجاب بات، وإنما بمجرد دعوة إلى التفاوض، فإذا انتهى الأمر إلى اتفاق بين الطرفين حول شروط العقد وقيمة المبيع تحول إلى إيجاب كامل قائم، فإذا ارتبط بقبول مطابق متصل تم العقد.

فإذا قطع أحد الطرفين المفاوضات قبل وصول الأمر إلى إيجاب بات فلا مسؤولية عليه، وليس لأحد أن يطالبه بأن يبين سبب هذا العدول، فقد يكون السبب أنه لم ير داعيًا لإتمام الصفقة، أو أنه رأى أن إتمامها ليس في مصلحته، أو أن الشخص الذي يتعامل معه لا يناسبه لسبب من الأسباب، أو أن شخصًا

آخر عرض عليه صفقة أفضل، فإذا عدل أحد الطرفين عن مفاوضاته فلا مسؤولية على من عدل، ما دام لم يصل في مفاوضته إلى حد الإيجاب الجازم(١)، فإذا انتهت مرحلة المفاوضات، وعرض صاحب السلعة إيجابًا جازمًا، فهل له أن يرجع عن إيجابه قبل صدور القبول من الطرف الآخر؟

[م - ٦٩] اختلف الفقهاء في هذه المسألة:

فقيل: للموجب حق الرجوع عن إيجابه قبل أن يتصل به القبول، وهذا مذهب الجمهور(٢).

---

(١) انظر نظرية العقد - السنهوري (١/ ٢٣٩).

(٢) جاء في مجلة الأحكام العدلية (مادة: ١٨٤): «لو رجع أحد المتبايعين عن البيع بعد الإيجاب، وقبل القبول بطل الإيجاب، فلو قبل الآخر بعد ذلك في المجلس لا ينعقد البيع مثلًا، لو قال البائع: بعت هذا المتاع بكذا، وقبل أن يقول المشتري: قبلت: رجع البائع، ثم قبل المشتري بعد ذلك لا ينعقد البيع». اهـ

ويقول في بدائع الصنائع (٥/ ١٣٤): «صفة الإيجاب والقبول فهو أن أحدهما لا يكون لازمًا قبل وجود الآخر...» وانظر العناية شرح الهداية (٦/ ٢٥٣)، الفتاوى الهندية (٣/ ٨).

وقال النووي في المجموع (٩/ ١٩٩): «إذا وجد أحد شقي العقد من أحدهما اشترط إصراره عليه حتى يوجد الشق الآخر».

وإذا كان الحنابلة يقولون بخيار المجلس كما سيأتي إن شاء الله تحرير الخلاف فيه، وهو يقتضي جواز رجوع الموجب عن إيجابه حتى بعد صدور القبول من الطرف الآخر، فمن باب أولى أن يصح رجوعه قبل اتصال القبول به.

وقد مشى القانون الأردني على قول الجمهور، فقد نصت المادة ٩٦/ مدني بقولها: «المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب، وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك». وانظر مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني. د أنور سلطان (ص٥٦).

وفي نظرية العقد للسنهوري ذكر في حاشية (١/ ٢٤٤): «وفي القانون الإنجليزي: يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه قبل اقتران القبول به، حتى لو كان قد حدد مدة للقبول، =

بل اعتبر بعضهم لو صدر القبول مع الرجوع في وقت واحد، اعتبر الرجوع، وبطل به الإيجاب.

قال ابن الهمام: «لو صادف رد البائع قبول المشتري بطل»(١).

وقيل: ليس له حق الرجوع إذا صدر بصيغة الماضي، أو صدر بغير الماضي

= وضرب بولوك لذلك مثلًا: رجل عرض على آخر في الصباح أن يبيعه سلعة، وانتظره إلى الساعة الرابعة بعد الظهر ليبت في الشراء، ففي هذه الحالة يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه، ويبيع السلعة لآخر حتى قبل حلول الموعد المضروب، ما دام الطرف الآخر لم يقبل الصفقة».

وفي القانون الأردني أيضًا نصت المادة (٩٨) من القانون المدني على أنه: «إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد».

ويبين من هذا النص أن الموجب إذا حدد ميعادًا للقبول أو ظهر من الظروف أنه يقصد إعطاء ميعاد معقول لذلك، بقي ملتزمًا هذه المدة بعدم العدول عن إيجابه، وأن الإيجاب غير الملزم هو الذي خلا من تحديد هذه المدة، وكان التعاقد بين حاضرين، وانظر نظرية العقد للسنهوري (١/ ٢٤٤).

ويظهر أن هذا القول وسط بين قولين:

الأول: يرى أن الموجب له حق الرجوع مطلقًا.

والثاني: يرى أن الموجب لا يحق له الرجوع.

والقول الثالث: قول وسط: وهو إذا حدد ميعادًا للقبول فإنه يبقى ملتزمًا هذه المدة بعدم العدول عن إيجابه، ويرى أصحاب هذا القول بأن القول بأن الإيجاب غير ملزم مطلقًا يؤدي إلى حرمان المعاملات وعلى الأخص التجارية منها من عامل الاستقرار التي لا غنى عنه؛ لأن التاجر الذي يوجه إليه إيجاب يوازن عادة بينه وبين إيجاب مماثل يوجه إليه من الغير، فقد يفوته أحدهما على أهميته بناء على وجود إيجاب آخر أفضل منه، فإذا لم نلزم الموجب بالبقاء على إيجابه مدة ما أصبنا الموجب له بضرر فادح، وأشعنا الفوضى في المعاملات. لكن عند التأمل أرى أن هذا القول الوسط ليس قولًا، وإنما هو عمل بالشرط بين المتبايعين، فكل من ألزم نفسه شرطًا لا يخالف الشرع، ولا ينافي مقتضى العقد، وله فيه مصلحة، فيجب الوفاء به.

(١) شرح فتح القدير (٦/ ٢٥٤).

وكان هناك قرينة أنه أراد البيع(١)، أما إذا كانت الصيغة بغير الماضي، ولم يكن هناك قرينة أنه أراد البيع، وادعى أنه ما أراد البيع، فيحلف، ويصدق، وهو مذهب المالكية(٢).

❑ وجه التفريق بين صيغة الماضي وغيرها:

قالوا: إن لفظ الماضي حقيقة في الدلالة على نقل الملكية، فلا يقبل معه ادعاء خلاف ذلك، وأما صيغة المضارع والأمر فليست حقيقة في نقل الملكية

---

(١) مثلوا للقرينة الدالة على أنه أراد البيع كما لو كان في الكلام تردد، فجاء في حاشية الدسوقي (٣/ ٤): «تردد الكلام يدل على أنه غير لا عب، وذلك كأن يقول المشتري: يا فلان بعني سلعتك بعشرة، فيقول: لا، فيقول له بأحد عشر، فيقول: لا، ثم يقول البائع: أبيعكها باثني عشر، فيقول المشتري: قبلت، فيلزم البيع، ولا رجوع للبائع بعد ذلك؛ ولو حلف أنه لم يرد البيع». اهـ

فلو أنه أراد الرجوع بعد قوله: أبيعكها باثني عشر قبل صدور القبول لم يكن له الرجوع، ولو كان بصيغة المضارع؛ لأن هناك قرينة على أنه أراد البيع.

(٢) انظر تفسير القرطبي (٣/ ٣٥٧) وجاء في مواهب الجليل (٤/ ٢٤٠، ٢٤١): «والذي يأتي على المذهب أن من أوجب البيع لصاحبه من المتابعين لزمه إن أجابه صاحبه في المجلس بالقبول، ولم يكن له أن يرجع قبل ذلك...... ولو رجع أحد المتبايعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه الآخر لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بَعْدُ بالقبول».

ويقول ابن رشد في المقدمات (٢/ ٩٨): «والذي يأتي على المذهب أن من أوجب البيع من المتابعين لصاحبه لزمه إن أجابه صاحبه في المجلس بالقبول، ولم يكن له أن يرجع عنه قبل ذلك».

وعلق الدسوقي في حاشيته (٣/ ٤) على عبارة ابن رشد أن من أوجب البيع لصاحبه لزمه، ولم يكن له أن يرجع: «لأنه في صيغة يلزمه بها الإيجاب أو القبول، كصيغة الماضي، وكلام المصنف في صيغة المضارع، كما هو لفظه، فإذا أتى أحدهما بصيغة الماضي، ورجع قبل رضا الطرف الآخر لم يفده رجوعه إذا رضي صاحبه بعد ذلك». وانظر شرح الزرقاني على مختصر خليل (٦/ ٥، ٦).

لتطرق الاحتمالات إليها، فليست إيجابًا باتًا، ولذلك قبل قوله مع اليمين، فإن كانت هناك قرينة عمل بها، كما قدمنا.

وقيل: إذا حدد الموجب إيجابًا محدد المدة يكون ملزمًا بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة، وليس له الرجوع عنه، اختاره بعض المالكية(١)، ورجحه مجمع الفقه الإسلامي(٢).

❑ تعليل الجمهور:

المانع من الرجوع عن الإيجاب لزوم إبطال حق الغير، وهو منتف هاهنا، فإيجاب أحدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر، وإذا كان كذلك كان للموجب أن يرجع عن إيجابه لخلوه عن إبطال حق الغير.

❑ تعليل المالكية:

التعليل الأول:

قال القرطبي: «ليس له أن يرجع حتى يسمع قبول المشتري أو رده؛ لأنه قد بذل ذلك من نفسه، وأوجبه عليها»(٣).

وبالإيجاب يثبت للمشتري حق التملك، وهو حق للمشتري، فلا يكون الرجوع خاليًا عن إبطال حق الغير.

---

(١) قال في مواهب الجليل (٤/ ٢٣٩): «كل من زاد في السلعة فلربها أن يلزمه إياها بما زاد إلا أن يسترد البائع سلعته، ويبيع بعدها أخرى، أو يمسكها حتى ينقطع مجلس المناداة إلا أن يكون العرف اللزوم بعد الافتراق، أو يشترط ذلك البائع، فيلزم المشتري البيع بعد الافتراق، في مسألة العرف بمقدار ما جرى به العرف، وفي مسألة الشرط في الأيام المشروطة».

(٢) انظر قرار رقم (٥٤/ ٣/ ٦) ومجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ٢/ ص١٢٦٨).

(٣) تفسير القرطبي (٣/ ٣٥٧).

ورد هذا:

بأن الموجب وإن أثبت للمشتري حق التملك، فإن حقيقة الملك للبائع، والحقيقة مقدمة على الحق[١].

يقول الشيخ أحمد إبراهيم: «وليس للطرف الآخر المشتري مثلًا أن يدعي أنه صار له حق تملك المبيع بسبب إيجاب البائع، وذلك لأن حقيقة الملك في العين لا تزال ثابتة للبائع، وهي أقوى من حق التملك، فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك، ونظير هذا أن للأب حق التملك لمال ولده عند الحاجة، ومع هذا فللولد أن يتصرف في ماله كيف شاء، مع أن حق تملك الأب إياه متعلق به»[٢].

التعليل الثاني:

ممكن أن يستدل لهم بأن نقول: إذا كان القبول يُلزِم المشتري بما صدر عنه، فالإيجاب يلزم البائع بما صدر عنه، فمن يتعاقد إنما يلتزم بالإرادة الصادرة عنه، لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر، ويترتب على ذلك أن الإيجاب وحده ملزم، فلا يستطيع من صدر عنه الإيجاب أن يعدل عنه.

فالملتزم بالعقد إنما يلتزم بإرادته هو، لا بتوافق إرادته مع إرادة الطرف الآخر، فهو يوجد حقًا في ذمته لشخص آخر بمجرد إعلان إرادته، وموافقة الآخر لهذا الحق إنما هو مجرد انضمام تطلبناه؛ لأن الإنسان لا يستطيع أن يلزم غيره بشيء إلا برضاه، فلكي يكون الالتزام من الجانبين تطلب ذلك موافقة

(١) انظر البحر الرائق (٥/ ٢٨٤).

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ٢/ ص٨١١) نقلًا من مجلة القانون والاقتصاد، السنة الرابعة، ص٦٥٤ .

الطرف الآخر، بدلًا من كونه ملزمًا من جانب واحد، والدليل على ذلك أن الشيء إذا كان لا يتطلب موافقة الطرف الآخر صار ملزمًا ولو من جانب واحد، وهذا له نظائر في الفقه: فمن التصرفات التي تتم بإرادة منفردة في الفقه الإسلامي:

الجعالة، والوصية، والوقف، والإبراء، واستعمال خيار من الخيارات كخيار الشرط، وخيار العيب، وخيار الرؤية، وأيضًا الكفالة والهبة والعارية وغير ذلك من التصرفات.

ففي الجعل مثلًا يلتزم شخص بدفع مبلغ معين لمن عثر على شيء ضائع، فالواعد هنا قد التزم بإرادته المنفردة(١).

---

(١) هذا الكلام يسمى في القوانين الوضعية بالإرادة المنفردة، وهي العمل القانوني الصادر من جانب واحد، فهل يمكن للشخص أن ينشئ التزامًا في ذمته بمجرد إظهار إرادته (الإيجاب) أو لا بد من توافق إرادتين، وهو ما يسمى الإيجاب والقبول؟
فهناك نظريتان متقابلتان في هذا: فالنظرية الفرنسية ترى أن الإرادة المنفردة لا تولد التزامًا، فليس من المفيد في جميع الأحوال أن نعتبر شخصًا قد التزم بإيجاب لم يقبله أحد. وقد تلقف القانون المصري هذه النظرية عن القانون الفرنسي.
بينما ذهبت النظرية الألمانية إلى أنه لا مانع من كون الإرادة المنفردة تنشئ التزامًا، لأن الالتزام يترتب على المال أكثر مما يكون له صلة فيما بين شخص وآخر.
والفرق بين النظريتين في تحديد مصدر الالتزام:
فإن قلنا: إن مصدر الالتزام هو العقد، فلن يوجد الالتزام إلا من وقت صدور القبول.
وإن قلنا: إن مصدر الالتزام هو إعلان الإرادة المنفردة (الإيجاب) فإن الالتزام يوجد من وقت إعلان إرادة المدين دون حاجة إلى صدور إرادة مقابلة من الدائن، فالخلاف بينهما إنما هو في وقت نشوء الالتزام، فإذا أخذنا بالإرادة المنفردة: قلنا: الالتزام ينشأ من وقت صدور الإرادة المنفردة، وإذا لم نأخذ بهذه النظرية، ورددنا الأمر إلى فكرة العقد، قلنا: إن الالتزام لا ينشأ إلا من وقت تطابق إرادة الدائن مع إرادة المدين. والله أعلم. =

والقول هنا بضرورة توافق الإرادتين غير ممكن إذ الدائن وقت وجود الالتزام غير معروف، وقد يكون الدائن غير موجود في الحال، ولكنه سيوجد في المستقبل، فلا يمكن الالتزام نحوه إلا بالإرادة المنفردة.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هناك فرقًا بين العقد والالتزام، فالعقد لا ينعقد إلا بتوافق الإرادتين، وأما الالتزام فيقوم كل طرف على إرادته هو وحده، فالإيجاب ملزم وحده في حق من صدر عنه، حتى يرفضه من وجه إليه، أو ينشغلا عنه بما يقطعه، أو يتفرقا من المجلس قبل صدور القبول، فالكلام بأنه لابد من تطابق الإرادتين إنما هو في الكلام على انعقاد العقد بين الطرفين، ولزومه في حقهما معًا، مثله تمامًا من اعتبر الوعد بالبيع ملزمًا لصاحبه إذا صدر عنه، ولا ينعقد العقد إلا إذا صدر القبول من صاحب الحق، فقد يكون الإيجاب ملزمًا لصاحبه ولا يلزم منه انعقاد العقد، لكون صاحب الحق في التملك لم يقبل.

= انظر نظرية العقد (١/ ١٨٦)، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - الدكتور أنور سلطان (ص٢٧٢)، النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام. الدكتور أمجد محمد منصور (ص٢٣٠).

وفي القانون الأردني تنص المادة منه (٢٥٠) من القانون المدني بأنه: «يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول ما لم يكن فيه إلزام الغير بشيء، وذلك طبقًا لما يقتضيه القانون».

يقول الدكتور أمجد منصور: يبين من النص أن المشرع الأردني يعتد بالإرادة المنفردة كمصدر للحق الشخصي (الالتزام) وهو قد تأثر في ذلك بلا شك بموقف الفقه الإسلامي في هذا الصدد، ولا ينال من هذا التوجه الذي ارتآه المشرع تلك العبارة التي جاءت في نهاية النص سالف الذكر، أي طبقًا لما يقضي به القانون، إذ لم تأت هذه الفقرة بجديد، ذلك أن الالتزام القانوني مفروض على الكافة، سواء كان بصدد التزام بإرادتين، أو التزام بإرادة واحدة.

❑ الراجح:

إذا أخذنا بخيار المجلس، وهو قد ثبت في أحاديث متفق على صحتها، لم يكن في رجوع الموجب قبل صدور القبول إشكال، لأن حقه في الرجوع قائم حتى بعد صدور القبول، وقبل التفرق، ولكن المالكية لا يرون خيار المجلس كما سيأتي بيان مذهبهم ومناقشته عند بحث المسألة إن شاء الله، بلغنا الله ذلك بمنه وكرمه.

وأما الاشتراط بأن يكون الإيجاب ملزمًا مدة معينة فربما هذا ليس بقول مستقل، وإنما يدخل في باب الشروط في البيع، كاشتراط البائع أو المشتري ما له فيه منفعة، وسوف يأتي.

قال السنهوري:

«على أنه لا خلاف في الأمر إذا كان من صدر منه الإيجاب قد اتفق مع الطرف الآخر على أن يبقى ملتزمًا بإيجابه لا يعدل عنه مدة معينة فيكون التزام الموجب مستندًا إلى عقد تم بينه وبين الطرف الآخر، وهو غير العقد المزمع إبرامه، فإن هذا لا يتم إلا إذا اقترن القبول بالإيجاب»[1].

❊ ❊ ❊

(١) نظرية العقد (١/ ٢٤٤).

□ الشرط الثالث: هل يشترط تقديم الإيجاب على القبول □

[م - ٧٠] هذه المسألة لا تأتي على مذهب الحنفية؛ لأن الإيجاب عندهم ما صدر أولًا سواء كان من البائع أو المشتري، والقبول ما صدر ثانيًا من أحدهما، وإنما هذه المسألة مفروضة على مذهب الجمهور القائلين بأن الإيجاب ما صدر من البائع، والقبول: ما صدر من المشتري، فإذا تقدم القبول على الإيجاب، وكان مجردًا من الاستفهام(١)، فهل ينعقد البيع عندهم؟

فقيل: ينعقد البيع مطلقًا، وهذا مذهب المالكية(٢)، والشافعية(٣)، وقول في مذهب الحنابلة(٤).

---

(١) إنما اشترطنا أن يكون مجردًا عن الاستفهام لأن الصيغة إذا كانت مقرونة بالاستفهام ولو لم يتقدم القبول لم ينعقد البيع على قول الجمهور، قال ابن قدامة في الكافي (٢/ ٣): «وإن أتى بلفظ الاستفهام، فقال: أبعتني ثوبك، فقال: بعتك، لم يصح متقدمًا ولا متأخرًا - يعني تقدم القبول أو تأخر - لأنه ليس بقبول ولا استدعاء».
وقد حكى الحنفية والحنابلة الإجماع على عدم انعقاد البيع، وقد ناقشت هذه المسألة في مبحث مستقل فأغنى عن إعادته هنا.

(٢) في باب البيع لم يفرق المالكية بين تقدم القبول على الإيجاب أو العكس، انظر منح الجليل (٤/ ٤٣٥)، حاشية الدسوقي (٣/ ٣)، الخرشي (٥/ ٦).
أما في باب النكاح فاعتبروا أن الترتيب أولى، وبعضهم يعبر بأن الترتيب مندوب. جاء في حاشية الدسوقي في كتاب النكاح (٢/ ٢٢١): «لا يشترط تقديم الإيجاب على القبول، بل يندب» ونص الحطاب في مواهب الجليل (٣/ ٤٢٠) بأن الترتيب بين الإيجاب والقبول ليس بشرط في صيغة النكاح، واعتبر الترتيب من باب مراعاة الأولى فقط.

(٣) السراج الوهاج (ص١٧٣)، حواشي الشرواني (٤/ ٢٢٠)، مغني المحتاج (٢/ ٤)، تحفة المحتاج (٤/ ٢٢٠).

(٤) المبدع (٤/ ٥)، الفروع (٤/ ٤)، الكافي (٢/ ٣). وقد فرق الحنابلة بين عقد النكاح وعقد البيع، ففي النكاح يمنعون من تقدم القبول على الإيجاب مطلقًا، بخلاف البيع، =

وقيل: لا ينعقد مطلقًا، وهو قول في مذهب الحنابلة[١].

وقيل: إن تقدم بلفظ الماضي صح، وإن تقدم بلفظ المضارع لم يصح، وإن تقدم بلفظ الأمر، ففيه قولان، أشهرهما الصحة، وهذا ما عليه المتأخرون من الحنابلة[٢].

❑ دليل من قال: ينعقد مطلقًا.

المطلوب في البيع هو حصول الرضا من الطرفين، فالبيع ليس له صيغة معينة يجب الالتزام بها، لأنه ليس من الأمور التعبدية التي لها ألفاظ توقيفيه لا يجوز التصرف فيها، ولذلك يصح البيع حتى بدون ألفاظ كما في بيع المعاطاة.

❑ تعليل من قال: لا ينعقد مطلقًا.

التعليل الأول:

أن القبول رتبته التأخر، لأن القبول إنما يكون للإيجاب، فمتى وجد قبله لم يكن قبولًا.

التعليل الثاني:

القياس على النكاح، فالنكاح عند الحنابلة لا يجوز فيه تقدم القبول على الإيجاب، فكذلك البيع.

= وسبب التفريق عندهم: أن الاحتياط في باب النكاح أشد من الاحتياط في باب البيع، ولذلك يجوز البيع بالمعاطاة من الجانبين، ولا يجوز مثل ذلك في النكاح، وفي النكاح عندهم يتعين بألفاظ مخصوصة، بخلاف البيع فإنه يصح بأي لفظ كان مما يؤدي المعنى، ويعبر عن الإرادة، وعللوا كذلك بأن القبول إنما يكون للإيجاب، فمتى وجد قبله لم يكن قبولًا لعدم معناه بخلاف البيع.

(١) الفروع (٤/ ٤)، الإنصاف (٤/ ٢٦٢).

(٢) المغني (٤/ ٣، ٤)، كشاف القناع (٣/ ١٤٧).

ويجاب:

لم يقم الدليل الصحيح على منع تقدم القبول على الإيجاب في النكاح حتى يصح قياس البيع عليه، ولو سلمنا الحكم في النكاح لم يكن القياس صحيحًا؛ لأن الاحتياط في باب النكاح أشد منه في باب البيوع.

❑ تعليل من قال: لا ينعقد إذا تقدم بلفظ المضارع.

لم يقبل الحنابلة أن يكون القبول بصيغة المضارع ولو لم يتقدم على الإيجاب، فيكف إذا تقدم، يقول صاحب كشاف القناع: «لو قال البائع بعتك بكذا، فقال المشتري: أنا آخذه بذلك، لم يصح: أي لم ينعقد البيع؛ لأن ذلك وعد بأخذه»(١).

وهذا القول ضعيف، وإذا كان الحنابلة أجازوا كما سبق انعقاد البيع بصيغة الأمر؛ لدلالة العرف، فلماذا لا يجيزون المضارع للعلة نفسها، بل إن المضارع أولى بالقبول، فإن المضارع يدل على الحال والاستقبال، والأمر إنما يدل على الاستقبال فقط.

ولذلك جاء في شرح الخرشي: «المضارع دلالته على البيع والشراء أقوى من دلالة الأمر؛ لأنه يدل على الحال، بخلاف الأمر فإنه لا يدل عليه اتفاقًا»(٢).

الراجح: جواز تقدم القبول على الإيجاب مطلقًا، وسبق لنا التدليل على أن البيع يقع بما يدل على الرضا بأي صيغة كانت.



(١) كشاف القناع (٣/ ١٤٧).

(٢) الخرشي (٥/ ٧).

المبحث الأول
في تقدم القبول على الإيجاب في بيع المزايدة

❑ تعريف المزايدة[١]:

المزايدة اصطلاحًا: عرف السرخسي المزايدة: أن ينادي الرجل على سلعته بنفسه، أو بنائبه، ويزيد الناس بعضهم على بعض...[٢].

وذكر نحوه ابن جزي في القوانين الفقهية[٣].

وعرفها النفراوي: بقوله: «أن يطلق الرجل سلعته في يد الدلال للنداء عليها، فمن أعطى فيها ثمنًا لزمه إن رضي مالكها، وله أن لا يرضى، ويطلب الزيادة، وهذا هو المعروف بين الناس اليوم»[٤].

وقوله: «فمن أعطى فيها ثمنًا لزمه» هذا بناء على مذهب المالكية في القول بعدم ثبوت خيار المجلس، وهو مرجوح كما سيأتي إن شاء الله تحريره.

هذا تعريف المزايدة، أما فيما يتعلق بالإيجاب والقبول في بيع المزايدة، وكيف نحددهما في مثل هذا النوع من التعاقد؟

---

(١) المزايدة: مفاعلة، مصدر زايد على وزن فَاعَلَ من زايد غيره إذا أعطى زيادة في سلعة معروضة على آخر سوم.
قال ابن منظور: تزايد أهل السوق في السلعة، إذا بيعت فيمن يزيد. انظر لسان العرب (٣/ ١٩٩)، المصباح المنير (ص٢٦١).

(٢) المبسوط (١٥/ ٧٦).

(٣) القوانين الفقهية (ص٢٩٠).

(٤) الفواكه الدواني (٢/ ٧٢).

فالذي ينبغي أن ننبه عليه أن طرح البضاعة في سوق المزاد لا يعتبر إيجابًا، لأن هذا الطرح هو مجرد عرض للبيع خال من الثمن،

وقد سبق لنا من خلال تعريف الإيجاب والقبول والذي توجهت له بالبحث في فصل مستقل أن هناك خلافًا بين الجمهور والحنفية في تعريف الإيجاب والقبول، فالحنفية يرون أن الإيجاب ما صدر أولًا، سواء كان اللفظ من البائع أو من المشتري، والقبول: ما صدر ثانيًا.

وأما الجمهور فيرون أن الإيجاب هو اللفظ الصادر من البائع، والقبول هو اللفظ الصادر من المشتري(١). وإذا كان الحال كذلك:

[م - ٧١] فمقتضى مذهب الحنفية أن يكون العطاء الذي يتقدم به المشتري وهو الإيجاب.

وإرساء المزاد يمثل القبول فيه، وبهذا ينعقد العقد.

وأما على مقتضى مذهب الجمهور فيكون الثمن المقدم من المشتري قبولًا متقدمًا على إيجابه، ويعد رسو المزاد من الإيجاب المتأخر على قبوله.

فإذا عرض المشتري ثمنًا للسلعة فإن هذا يعتبر قبولًا على مذهب الجمهور، ويعتبر إيجابًا على مذهب الحنفية، فإذا وقف النداء على أعلى ثمن قدم، ورضي البائع بالبيع فإن رضى البائع يعتبر إيجابًا متأخرًا على مذهب الجمهور، وقبولًا على مذهب الحنفية، والله أعلم.

وتكون هذه المسألة على قول الجمهور مبنية على جواز تقدم القبول على الإيجاب، والله أعلم.

---

(١) انظر العزو إلى كتب المذاهب في الفصل الثاني من هذا الباب.

والراجح من الخلاف، أن نقول: إن الخلاف في هذه المسألة خلاف اصطلاحي ليس له أثر فقهي اللهم إلا فيمن يخالف في تقدم القبول على الإيجاب في بعض الحالات، وهذه المسألة ليست منها، لأن الأئمة الأربعة قد اتفقوا على جواز مثل هذا البيع، وحكي فيها الإجماع، وسوف أعقد فصلًا خاصًا في حكم بيع المزايدة.



المبحث الثاني
سقوط الإيجاب في بيع المزايدة

[م - ٧٢] إذا عرضت البضاعة في المزاد، فعرض المشتري ثمنًا فإنه يعتبر إيجابًا منه وهذا لا إشكال فيه، ولكن إذا زاد عليه مشتر آخر، فهل يعتبر هذا الإيجاب الجديد مسقطًا لما قبله، باعتبار أن العطاء الأكثر يجعل البائع يعرض عن العطاء الأقل، والإعراض عن الإيجاب يسقطه، أو يحق للبائع أن يفضل صاحب العطاء الأقل على صاحب العطاء الأكثر؟.

في هذه المسألة خلاف بين أهل العلم:

فقيل: البائع مخير في أن يمضيها لمن شاء ممن أعطى فيها، ولو زاد غيره عليه، وهذا مذهب المالكية.

يقول ابن رشد في البيان والتحصيل: «وهو - يعني البائع - مخير في أن يمضيها لمن شاء، ممن أعطى فيها ثمنًا، وإن كان غيره قد زاد عليه»(١).

وقيل: إذا زاد عليه غيره سقط إيجابه، وهو اختيار الأبياني من المالكية، وكان العمل عليه في أكثر البلاد.

وقال الحطاب: «بيع المزايدة يلزم كل من زاد في السلعة، ولو زاد غيره عليه خلافًا للأبياني.

وقد جرى العرف في مكة، وكثير من البلاد على ما قاله الأبياني»(٢).

---

(١) البيان والتحصيل (٨/ ٤٧٦).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٢٣٩).

❑ تعليل المالكية:

لما عرض المتقدم عطاء لزمه ذلك العطاء، وليس وجود عطاء أكثر منه يعتبر إبراء له مما تقدم به.

يقول ابن رشد: «لأن حق صاحب السلعة أن يقول للذي أراد أن يلزمها إياه إن أبى من التزامها، وقال له: بع سلعتك من الذي زاد علي فيها؛ لأنك إنما طلبت الزيادة، وقد وجدتها: أنا لا أحب معاملة الذي زاد في السلعة عليك، وليس طلبي الزيادة فيها وإن وجدتها إبراء مني لك فيها»[(١)].

❑ تعليل من قال: لا يلزمه.

أن العمل والعرف قد جرى في أكثر البلاد أن البيع لا يلزمه إذا زاد عليه غيره، والمعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.

❑ الراجح:

أن يقال: إن في هذا تفصيلًا:

إن كان البائع هو مالك السلعة، فإن له الحق أن يبيع سلعته ممن يشاء، وذلك أن البائع قد لا يرغب في التعاقد مع صاحب العطاء الأكثر إما لأنه مماطل، أو لأنه قليل الخبرة في القيام بما تعاقدا عليه كما لو كان المطلوب عملًا معينًا، أو كان عسرًا في تعامله أو قاسيًا على الدابة كما لو كان المباع حيوانًا، أو لغير ذلك من الأعمال، وأما إذا كان البائع وكيلًا فلا يجوز له أن يمضي البيع لصاحب العطاء الأقل إلا بإذن صاحبه، وكذلك الشأن في عقود المناقصات، وما يباع في المزاد من أملاك الدولة لا يجوز أن يباع على صاحب العطاء الأقل، لأن البائع

(١) البيان والتحصيل (٨/ ٤٧٦).

وكيل عن المسلمين ممثلين في بيت المال، وإلا حصل في هذا الأمر تلاعب لا يخفى قد تضيع فيه الأموال العامة بحجة أنه يجوز أن يرسو المزاد على صاحب العطاء الأقل(١).

وبعد كتابة هذا النص وقفت على كلام للشيخ الزرقاء ﷺ، يحسن أن أنقله بحروفه: قال الشيخ: «الذي يظهر في الجواب التفصيل بين حالين:

فإذا كانت المزايدة جارية بطريق المزاد العلني الذي تقع فيه الزيادات متعاقبة إذ يزيد الواحد زيادة يطلع عليها سواه ويزيد عليه، فإن كل زيادة تقع تبطل ما قبلها، وتكون هي الإيجاب المنفرد الذي يصح أن يبني عليه قبول ملزم؛ لأنه العرف، ولأن انتظار البائع وتطلعه إلى زيادة جديدة إلى أن تقع هو إعراض عن الإيجاب الواقع بسابقتها، والإيجاب يبطل بالإعراض.

---

(١) وقد ذهبت القوانين العربية إلى الأخذ بما قاله الأبياني، يقول القانون المدني المصري مادة (٩٩): «لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه، ولو كان باطلًا».

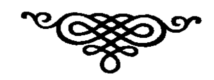
بل رأت أن العطاء الأكثر يسقط العطاء الأقل، ولو كان العطاء الأكثر باطلًا كما لو كان الإيجاب صادرًا من شخص يحضر عليه القانون شراء ذلك الشيء المعروض للبيع كما لو صدر الإيجاب من رجال القضاء والنيابة العامة، ففي المادة (٤٧١) من القانون المدني المصري «لا يجوز للقضاة ولا أعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم، ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه، كله أو بعضه، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وإلا كان البيع باطلًا.

وخالف في هذا القانون الكويتي فقد أخذ بمذهب المالكية، انظر المادة (٧٩) مدني كويتي، في حالة المزايدات التي تجري داخل مظروفات، فقررت أنه لا يسقط عطاء المتزايد بعطاء أفضل، ويكون للداعي إلى المزاد أن يقبل من العطاءات المقدمة ما يراه أصلح. .».

وبهذا الحكم تتميز المزايدة عن بيع المساومة العادي بأن الإيجاب فيها يبطل بعمل شخص ثالث مزاحم غير المتبايعين، ومثل ذلك يقال في المناقصة.

وأما إذا كانت المزايدة أو المناقصة جارية بطريق الظرف المختوم بأن يرسل المتزاحمون معروضاتهم في الأسعار دون أن يعلم أحدهم بما قدم الآخر، ثم تفتح هذه المعروضات فإنها تعتبر بحكم إيجابات متعددة، فيصح للطرف الآخر - أي البائع في حال المزايدة والمشتري في حال المناقصة - أن يبني قبوله على ما شاء منها، فيلزم صاحبه، ولو كان ما قد قبله هو الأقل في حال المزايدة، أو الأكثر في حال المناقصة.

على أن هذا الاختيار لا يصح في المزايدات أو المناقصات التي تروجها الدوائر الرسمية من فروع الحكومة فيما تحتاج إلى بيعه وشرائه؛ لأنها لا يجوز لها أن تختار من الأسعار المعروضة إلا ما هو أوفق لمصلحة بيت المال العام، وهو السعر الأكثر في حال المزايدة، والأقل في حال المناقصة»(١).



(١) العقود المسماة في الفقه الإسلامي - عقد البيع (ص١٦٧).

الفصل الخامس: مبطلات الإيجاب

المبحث الأول
رجوع الموجب قبل صدور القبول

[م - ٧٣] إذا رجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول، فهل يبطل الإيجاب، هذه المسألة ناقشتها بالتفصيل فيما سبق من خلال الكلام على الآثار المترتبة على تحديد مجلس العقد، وبينت أن الجمهور قد اختلفوا في هذه المسألة مع المالكية، فذهب الجمهور إلى أن للموجب حق الرجوع عن إيجابه مطلقًا قبل أن يتصل به القبول، وإذا رجع بطل الإيجاب[1].

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية (مادة: ١٨٤).
ويقول في بدائع الصنائع (٥/ ١٣٤): «صفة الإيجاب والقبول: هو أحدهما لا يكون لازمًا قبل وجود الآخر. . .» وانظر العناية شرح الهداية (٦/ ٢٥٣)، الفتاوى الهندية (٣/ ٨).
وقال النووي في المجموع (٩/ ١٩٩): «إذا وجد أحد شقي العقد من أحدهما اشترط إصراره عليه حتى يوجد الشق الآخر».
وإذا كان الحنابلة يقولون بخيار المجلس كما سيأتي إن شاء الله تحرير الخلاف فيه، وهو يقتضي جواز رجوع الموجب عن إيجابه حتى بعد صدور القبول من الطرف الآخر، فمن باب أولى أن يصح رجوعه قبل اتصال القبول به.
وقد مشى القانون الأردني على قول الجمهور، انظر المادة ٩٦/ مدني، وانظر مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني. د أنور سلطان (ص٥٦).
وفي نظرية العقد للسنهوري ذكر في حاشية (١/ ٢٤٤): «وفي القانون الإنجليزي: يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه قبل اقتران القبول به، حتى لو كان قد حدد مدة للقبول، وضرب بولوك لذلك مثلًا: رجل عرض على آخر في الصباح أن يبيعه سلعة، وانتظره إلى الساعة الرابعة بعد الظهر ليبت في الشراء، ففي هذه الحالة يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه، ويبيع السلعة لآخر حتى قبل حلول الموعد المضروب، ما دام الطرف الآخر لم يقبل الصفقة».

بل اعتبر بعضهم لو صدر القبول مع الرجوع في وقت واحد، اعتبر الرجوع، وبطل به الإيجاب.

قال ابن الهمام: «لو صادف رد البائع قبول المشتري بطل»(١).

وقيل: لا يبطل الإيجاب، وليس للموجب حق الرجوع مطلقًا إذا صدر بصيغة الماضي، أو صدر بغير الماضي وكان هناك قرينة أنه أراد البيع(٢). أما إذا كانت الصيغة بغير الماضي، ولم يكن هناك قرينة أنه أراد البيع، وادعى أنه ما أراد البيع، فيحلف، ويصدق، وهو مذهب المالكية(٣).

وقيل: إذا حدد الموجب إيجابًا محدد المدة يكون ملزمًا بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة، وليس له الرجوع عنه، اختاره بعض المالكية(٤)، ورجحه مجمع الفقه الإسلامي(٥).

وقد ذكرنا أدلة هذه الأقوال في بحث متقدم، فأغنى عن إعادته هنا.

---

(١) شرح فتح القدير (٦/ ٢٥٤).

(٢) مثلوا للقرينة الدالة على أنه أراد البيع كما لو كان في الكلام تردد، فجاء في حاشية الدسوقي (٣/ ٤): «تردد الكلام يدل على أنه غير لا عب، وذلك كأن يقول المشتري: يا فلان بعني سلعتك بعشرة، فيقول: لا، فيقول له بأحد عشر، فيقول: لا، ثم يقول البائع: أبيعكها باثني عشر، فيقول المشتري: قبلت، فيلزم البيع، ولا رجوع للبائع بعد ذلك؛ ولو حلف أنه لم يرد البيع». اهـ
فلو أنه أراد الرجوع بعد قوله: أبيعكها باثني عشر قبل صدور القبول لم يكن له الرجوع، ولو كان بصيغة المضارع؛ لأن هناك قرينة على أنه أراد البيع.

(٣) انظر تفسير القرطبي (٣/ ٣٥٧) مواهب الجليل (٤/ ٢٤٠، ٢٤١) ويقول ابن رشد في المقدمات (٢/ ٩٨): «والذي يأتي على المذهب أن من أوجب البيع من المتبايعين لصاحبه لزمه إن أجابه صاحبه في المجلس بالقبول، ولم يكن له أن يرجع عنه قبل ذلك...».
وانظر حاشية الدسوقي (٣/ ٤) وشرح الزرقاني على مختصر خليل (٦/ ٥، ٦).

(٤) انظر مواهب الجليل (٤/ ٢٣٩).

(٥) انظر قرار رقم (٥٤/ ٣/ ٦) ومجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ٢/ ص١٢٦٨). =

المبحث الثاني
رفض الإيجاب من الطرف الآخر

[م - ٧٤] يبطل الإيجاب إذا رفضه من عرض عليه، إما صراحة كأن يقول: لا أقبل، أو حكمًا بأن يشتغل عنه بأجنبي.

كما أن أي تعديل يتضمنه القبول يعتبر رفضًا للإيجاب.

وقولنا: بطل الإيجاب هذا من باب التجوز لأنه من باب بطلان ما لم يتم أصلًا.

جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام: «إذا أوجب أحد المتبايعين البيع، فرد الثاني إيجابه، يبطل الإيجاب، فلو حصل القبول بعدئذ، فلا ينعقد البيع»(١).

وقال أيضًا: «ومما يبطل به الإيجاب أن يرده الطرف الآخر، فلو قبل بعد ذلك، فالبيع لا ينعقد»(٢).

وقال الزركشي في المنثور في القواعد الفقهية: «إذا لم يقبل المخاطب بطل

= واختار هذا القانون الأردني، فقد نصت المادة (٩٨) من القانون المدني على أنه: «إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد».

ويبين من هذا النص أن الموجب إذا حدد ميعادًا للقبول أو ظهر من الظروف أنه يقصد إعطاء ميعاد معقول لذلك، بقي ملتزمًا هذه المدة بعدم العدول عن إيجابه، وأن الإيجاب غير الملزم هو الذي خلا من تحديد هذه المدة، وكان التعاقد بين حاضرين. وانظر نظرية العقد للسنهوري (١/ ٢٤٤).

(١) درر الحكام (١/ ١٣٤).

(٢) المرجع السابق (١/ ١٥٦).

الإيجاب، فهذا بطلان ما لم يتم، لا بطلان ما تم»[١].

وجاء في قواعد ابن رجب: «إذا لم يقبل المخاطب بطل الإيجاب»[٢].

ومثل الرد الصريح الرد الضمني، وذلك بالاشتغال عن البيع بأجنبي، فإنه دليل على الإعراض عن البيع.

جاء في البحر الرائق: «المجلس المتحد: أن لا يشتغل أحد المتعاقدين بعمل غير ما عقد له المجلس، أو ما هو دليل الإعراض عن العقد»[٣].

وقال الحطاب: «وإن تراخى القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقًا، وكذا لو حصل فاصل يقتضي الإعراض عما كانا فيه حتى لا يكون كلامه جوابًا للكلام السابق في العرف، لم ينعقد البيع»[٤].

وقال في الإنصاف: «وإن تراخى القبول عن الإيجاب: صح، ما داما في المجلس، ولم يتشاغلا بما يقطعه. قيد الأصحاب قولهم «ولم يتشاغلا بما يقطعه» بالعرف»[٥].

كما أن أي تعديل يتضمنه القبول يعتبر رفضًا للإيجاب، وقد فصلت الكلام في هذه المسألة عند التعرض لشروط الصيغة بأنه يجب أن يوافق القبول الإيجاب من جميع الوجوه، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه، أو بعض ما أوجبه، أو بغير ما أوجبه، فلا ينعقد العقد[٦].

---

(١) المنثور (٢/ ٤٠٨).
(٢) القاعدة التاسعة والأربعون: القبض في العقود (ص٧٢).
(٣) البحر الرائق (٥/ ٢٩٣).
(٤) مواهب الجليل (٦/ ٢٤٠).
(٥) الإنصاف (٤/ ٢٦٣).
(٦) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٦)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٢٦)، مجلة الأحكام العدلية مادة =

المبحث الثالث
يبطل الإيجاب بانتهاء المجلس قبل القبول

[م - ٧٥] سبق أن ذكرنا في شروط صيغة العقد اتحاد مجلس العقد، وناقشنا ما المقصود في تحديد مجلس العقد بين الحنفية والجمهور، وذكرنا أن الحنفية بالغوا في الشكل المادي لمجلس العقد، حيث جعلوا التتابع وهما يمشيان أو يركبان ولو دابة واحدة يقطع مجلس العقد؛ لاشتراطهم أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد[١].

بل اعتبر الحنفية لو كان من صدر منه الإيجاب جالسًا، وحين قام الطرف الآخر قال قبلت لم ينعقد البيع، فاعتبروا القيام ولو لم يفارق المجلس ينهي حالة المجلس بين المتعاقدين.

جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام: «إذا قال البائع للمشتري: بعتك مالي بكذا، وكانا جالسين، فقام أحدهما بطل الإيجاب، ولو لم يمش؛ لأن القيام دليل على الرجوع والإعراض»[٢].

وقال في درر الحكام شرح غرر الأحكام: «لأن القيام دليل الرجوع والدلالة تعمل عمل الصريح»[٣].

= (١٧٧)، شرح فتح القدير (٦/ ٢٥٥ - ٢٥٦)، روضة الطالبين (٣/ ٣٤٠)، حاشية البجيرمي (٣/ ٢١٦)، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان (ص١٨٢)، كشاف القناع (٣/ ١٤٦ - ١٤٧).

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٧)، الجوهرة النيرة (١/ ١٨٤)، البحر الرائق (٥/ ٢٩٤).

(٢) (١/ ١٥٥).

(٣) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ١٤٤).

وجاء أيضًا: «إذا تبايع شخصان، وكان أحدهما داخل الدار، والآخر خارجها، وبعد أن أوجب أحدهما البيع خرج الآخر من الدار، وقال: قبلت فالإيجاب باطل والبيع لا ينعقد»(١).

فهم يوجبون عليه أن يعلن قبوله قبل خروجه من الدار، حتى ولو كان خروجه سوف يجمعه بالطرف الآخر فإنه ينهي عندهم حالة اتحاد المجلس حال صدور الإيجاب والقبول، وهذا لا شك أنه قول فيه ضعف.

بينما الجمهور كانوا أكثر توفيقًا في تحديد مجلس العقد حيث اعتبروا المجلس هو الزمن الذي يظل فيه المتعاقدان مشتغلين بالتعاقد، فإن أعرضا عن العقد واشتغلا عنه بما يقطعه عرفًا فقد انقطع المجلس، ومن الإعراض عن العقد انفضاض المجلس قبل صدور القبول.

فإذا انفض المجلس قبل صدور القبول بطل الإيجاب وقد حكي الإجماع على بطلانه، قال ابن نجيم في البحر الرائق: «لو أوجب أحد المتعاقدين فلم يقبل الآخر في المجلس فإنه يبطل الإيجاب لا نعلم فيه خلافا، لا فرق في هذا بين البيع والنكاح وغيرهما من العقود»(٢).

يقول الحطاب: «وإن تراخى القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقًا»(٣).

ونقل الحطاب عن ابن رشد قوله: «لو قال: أبيعك سلعتي بعشرة إن شئت، فلم يقل أخذتها حتى انقضى المجلس لم يكن له شيء اتفاقًا»(٤).

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ١٥٥).

(٢) البحر الرائق (٣/ ١٤٩).

(٣) مواهب الجليل (٤/ ٢٤٠).

(٤) مواهب الجليل (٤/ ٢٤٠).

وسبق لي انتقاد حكاية الإجماع حتى على مذهب المالكية، وناقشت مذهب ابن العربي في ذلك، ومع ذلك يستثنى من هذا الإجماع ثلاث مسائل:

الأولى: لو قيد الإيجاب بمدة إلى ما بعد المجلس، فإن المالكية لا يبطلون الإيجاب بانتهاء المجلس، وإنما يجعلون التقييد ملزمًا إلى انتهاء هذه المدة المحددة، وسبق الكلام على هذا.

الثانية: الإيجاب في بيع المزايدة. فلا يبطل الإيجاب ولو طال الزمن في بيع المزايدة على مذهب المالكية. قال الدسوقي: «وللبائع إلزام المشتري في المزايدة، ولو طال الزمان، أو انفض المجلس، حيث لم يجر العرف بعدم إلزامه»(١).

الثالثة: إذا كان الإيجاب بكتابة إلى غائب، فهل يسقط بانتهاء المجلس؟

ظاهر عبارة الهداية على سقوط الإيجاب بانتهاء المجلس، إذ يقول:

«الكتاب كالخطاب وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة»(٢).

وقال ابن الهمام: «... لما بلغه الكتاب وفهم ما فيه، قال: قبلت في المجلس انعقد»(٣).

واختار شيخ الإسلام جواهر زاده أن الإيجاب إذا كان بالكتابة فقرئ في مجلس، فلم يتصل به القبول، جاز إتمام العقد بقراءته مرة أخرى في مجلس آخر يتصل به القبول، وتكون قراءته في المجلس الثاني بمثابة تكرار الإيجاب.

---

(١) حاشية الدسوقي (٣/ ٥).

(٢) الهداية مع فتح القدير (٦/ ٢٥٤).

(٣) شرح فتح القدير (٦/ ٢٥٥).

جاء في حاشية ابن عابدين: «ذكر شيخ الإسلام جواهر زاده في مبسوطه: الكتاب والخطاب سواء إلا في فصل واحد، وهو أنه لو كان حاضرًا، فخاطبها بالنكاح، فلم تجب في مجلس الخطاب، ثم أجابت في مجلس آخر، فإن النكاح لا يصح، وفي الكتاب إذا بلغها، وقرأت الكتاب، ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه، ثم زوجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود، وقد سمعوا كلامها، وما في الكتاب يصح النكاح؛ لأن الغائب إنما صار خاطبًا لها بالكتاب، والكتاب باق في المجلس الثاني بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر في مجلس آخر، فأما إذا كان حاضرًا، فإنما صار خاطبًا لها بالكلام، وما وجد من الكلام لا يبقى إلى المجلس الثاني... قال ابن عابدين: وظاهر أن البيع كذلك، وهو خلاف ظاهر الهداية، فتأمل»(١).

وظاهر كلام ابن عابدين أن القبول في المجلس الثاني متوقف على قراءة الكتاب مرة أخرى في المجلس الجديد.

وقد اختلف العلماء المعاصرون في هذه المسألة على قولين:

الأول: يرى أن حكم الإيجاب يظل باقيًا حتى يرفضه من وجه إليه، أو يرد ما يدل على رجوع صاحبه عنه، وأن الأمر لا يحتاج إلى قراءته في مجلس آخر، وممن اختار هذا الرأي الشيخ علي الخفيف رحمه الله تعالى.

يقول الشيخ: «جاء في كتاب النكاح من فتح القدير أن الإيجاب إذا كان بالكتابة فقرئ الكتاب في مجلس، فلم يتصل به قبول فيه جاز إتمام العقد بقراءته مرة أخرى في مجلس آخر يتصل به القبول فيه، وعلل ذلك بأن الغائب إنما صار مخاطبًا للمخطوبة بالكتاب، والكتاب باق في المجلس الثاني، وفي رأيي أن

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥١٣).

عقد البيع وغيره من عقود المال أولى بهذا الحكم من عقد النكاح، إذ يتساهل في البيع ونحوه بما لا يتساهل به في عقد النكاح، وعلى ذلك يجوز لمن أرسل إليه الإيجاب بالكتاب إذا قرأه، فلم يقبله في أول مجلس، أن يقرأه في مجلس آخر، ثم يقبل، ويكون مجلس العقد مجلس كل قراءة، ويؤيد ذلك ما جاء في رد المحتار: أن الإيجاب بالبيع إذا كان في كتاب مرسل إلى المشتري يتجدد بقراءة الكتاب مرة أخرى في مجلس آخر، فيصح حينئذ القبول في هذا المجلس، وإن لم يقبل في المجلس السابق، وهذا يخالف ظاهر ما جاء في الهداية.

وقد يقال مع هذا: إن التلفظ ليس شرطًا في عقود المعاوضات المالية، بخلاف عقد النكاح، فلا ينعقد إلا باللفظ[١]، وإذن فلا داعي لقراءة الكتاب مرة أخرى، بل يعتبر وجوده وقيامه إيجابًا بالكتابة، فإذا علم مضمونه كان للمرسل إليه أن يقبل في أي وقت، وينشأ بذلك العقد لقيام الإيجاب بقيام الكتاب، وعندئذ لا يمكن إلا أن يعتبر مجلس العقد في هذه الحالة هو مجلس القبول، ويصح قبوله في كل وقت ما لم يرفض»[٢].

والكلام هذا وجيه إلا أنه يتضمن ضررًا على الموجب إذا قيل: إن للقابل أن يؤخر القبول إلى أي وقت يشاء، والضرر منتف.

واختار أبو زهرة أن قياس البيع على النكاح قياس مع الفارق؛ لأن مجلس الكتاب بالنسبة للنكاح ليس مجلس وصول الكتاب، وإنما المجلس الذي يحضر فيه الشهود؛ لأن النكاح يحتاج إلى شهود على القول بأن الشهود شرط في صحة

---

(١) يذهب بعض الحنفية إلى جواز أن يكون الإيجاب بالنكاح بالكتابة إذا كان أحد العاقدين غائبًا، فاشتراط اللفظ في النكاح ليس على إطلاقه، والنص الذي نقلناه عن جواهر زاده واضح أن الإيجاب كان عن طريق الكتابة، والله أعلم.

(٢) أحكام المعاملات - على الخفيف (ص١٩٣).

النكاح، فتضطر المرأة إلى تأخير إعلان القبول إلى أن يتوفر لها الشهود على ذلك[١].

وقد اختار هذا القول الدكتور محمد يوسف موسى، ونشأت إبراهيم الدريني.

يقول الدكتور الدريني: «وأرجح ظاهر الهداية.. ثم علل ذلك بقوله: «الإيجاب إذا كان يبطل بالإعراض عنه، أو بمغادرة المجلس في التعاقد بين حاضرين، فإنه يجب أن يبطل بذلك إذا كان بكتابة أو برسالة؛ لأن الكتابة ليست أقوى من النطق، والرسالة ليست أقوى من الخطاب مع حاضر، ولأن الموجب يتضرر بالتأخير، وقد رأينا أنهم قرروا أن الأصل اتصال القبول بالإيجاب، ولكنهم خالفوا هذا الأصل لمصلحة القابل والموجب، فمن مصلحة القابل أن يتأخر القبول إلى آخر المجلس؛ ليتدبر أمره، ومن مصلحة الموجب ألا يتأخر القبول إلى ما وراء المجلس؛ لئلا يتضرر بالتأخير، وما أجيز استثناء من الأصل يجب أن يقدر بقدر ما أجيز من أجله لا يتعداه، وقد قالوا: إن ما أجيز للضرورة يقدر بقدرها، والمصلحة التي أجيز من أجلها مخالفة الأصل يكفي في تحققها تأخر القبول إلى آخر المجلس، فمن مصلحة الموجب ألا يتأخر القبول إلى آخر ما وراء المجلس، وعدم جواز القبول بعد المجلس ليس فيه ضرر على القابل بعد أن أعطي فرصة للتدبر إلى آخر المجلس».

وخلاصة هذا أن نظرية المجلس - التي تقضي بجواز تأخير القبول إلى آخر المجلس إذا ظل الإيجاب قائمًا، وعدم جواز القبول بعد المجلس - تخالف الأصل، فلا يصح التوسع فيها، سواء في التعاقد بين حاضرين، أو بين غائبين»[٢].

---

(١) الأموال ونظرية العقد (ص٢٧٠).

(٢) التراضي في عقود المبادلات المالية (ص٣٠٦).

المبحث الرابع
بطلان الإيجاب بهلاك المعقود عليه أو تغيره قبل القبول

[م -٧٦] يبطل الإيجاب بهلاك المعقود عليه أو تغيره بزيادة أو نقص قبل صدور القبول(١).

قال في البحر الرائق: «والحاصل أن الإيجاب يبطل بما يدل على الإعراض، وبرجوع أحدهما عنه... وبتغيير المبيع: بقطع يد، وتخلل عصير، وزيادة بولادة، وهلاكه...»(٢).

وقال في درر الحكام شرح مجلة الأحكام: «ومما يبطل به الإيجاب... أن يتغير المبيع قبل القبول... فإذا قال البائع للمشتري: بعتك هذا الدقيق، فقبل المشتري البيع بعد أن تحول الدقيق خبزًا، فالبيع لا ينعقد»(٣).

وهذه المسألة لم ينص عليها في القانون الغربي، ولا في القوانين العربية، والتي هي في الغالب منقولة عنه.

يقول الدكتور نشأت إبراهيم: «أما سقوط الإيجاب في الفقه الإسلامي بهلاك المحل، أو بتغيره، أو بزيادته قبل القبول فهو وإن لم يرد في الفقه الغربي فإن الدكتور السنهوري يرى أنه يمكن قبوله في الفقه الغربي؛ لأنه لا يخالف أصوله»(٤).

---

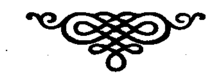
(١) انظر في مذهب الحنفية حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٢٧)، الفتاوى الهندية (٣/ ٨)، البحر الرائق (٥/ ٢٩٤).

(٢) البحر الرائق (٥/ ٢٩٤).

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ١٥٦).

(٤) التراضي في عقود المبادلات المالية (ص٢٨٠).

وهذا كالاعتذار من الدكتور السنهوري رحمه الله عن عجز القوانين الغربية على أن تكون شاملة لحالات قد تقع كثيرًا في معاملات الناس، وليست من المسائل الشاذة ولا النادرة، والله أعلم.



المبحث الخامس
تغيير الإيجاب قبل القبول بما يخالف الإيجاب الأول

[م -٧٧] هذه المسألة لها تعلق في بحث سابق، وهو هل للبائع أن يرجع عن إيجابه قبل صدور القبول، وقد فصلنا هذه المسألة وبينا خلاف المالكية مع الجمهور، فالمالكية يرون أن الإيجاب ملزم وحده للبائع، ولا يحق له الرجوع عن إيجابه إلا أن يعرضا عن البيع أو ينفض المجلس بدون صدور القبول،

بينما جماهير أهل العلم يرون أن من حق البائع الرجوع عن إيجابه قبل صدور القبول، وإذا كان يحق له الرجوع عن إيجابه ورفضه بالكلية جاز له تعديله من باب أولى. وقد ذكرنا أدلة الفريقين فأغنى عن إعادته هنا.



المبحث السادس
موت العاقد أو فقد أهليته قبل صدور القبول

[م - ٧٨] موت أحد المتبايعين أو فقد أهليته بجنون أو إغماء قبل صدور القبول، هل يبطل الإيجاب؟

مثاله: لو أوجب البائع ثم مات قبل صدور القبول من المشتري، هل يبطل إيجابه؟

أو مات المشتري قبل صدور القبول منه، هل يبطل الإيجاب، أو يكون للورثة حق القبول كما لو كان الوارث حاضرًا في المجلس، في هذه المسألة خلاف بين أهل العلم.

فقيل: يبطل الإيجاب، وهو قول أكثر أهل العلم.

جاء في بدائع الصنائع: «إذا أوجب البيع ثم مات المشتري قبل القبول، أو أوجب الهبة ثم مات الموهب له قبل القبول. . . يبطل الإيجاب».

وعلل ذلك بـ«أن القبول أحد ركني العقد، وقد فات بالموت، فيبطل الركن الآخر»[(١)].

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٤٢٥)، وانظر البحر الرائق (٥/ ٢٨٨)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٢٥)، وجاء في الفتاوى الهندية (٣/ ٧): «ويشترط لصحة القبول حياة الموجب، فلو مات قبله بطل الإيجاب». وانظر المادة (١٦٧) من مجلة الأحكام العدلية.

وجاء في الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٨٠): «كل إيجاب افتقر إلى القبول فقبوله بعد موت الموجب لا يفيد إلا في الوصية، وكل من ثبت له قبول فات بموته إلا الموصى له فإنه إذا مات قام وارثه فيه مقامه». =

وقيل: يقوم وارثه مقامه إذا كان حاضرًا، نص عليه القرافي من المالكية في الذخيرة، وهو أحد الوجهين في مذهب الشافعية، اختاره الدارمي.

قال القرافي في الذخيرة: «وخيار الإقالة والقبول: إذا أوجب البيع لزيد، فلورثته خيار القبول أو الرد»(١).

قال النووي: «ولو مات المشتري بعد الإيجاب وقبل القبول، ووارثه حاضر فقبل، فوجهان:

الصحيح: لا يصح البيع؛ لعدم الإيجاب والقبول من المتعاقدين.

والثاني: الصحة، وبه قال الدارمي؛ لأن الوارث كالميت، ولهذا يقوم مقامه

= وفي كتاب المنثور في القواعد للزركشي (٢/ ٥٦): «فأما خيار القبول فلا يورث، كما لو أوجب البيع لإنسان فقبل أن يقبل مات المشتري ووارثه حاضر، فأراد القبول لا يجوز؛ لأن خيار القبول ليس بلازم».

وقال ابن قدامة في المغني (٥/ ٣٨١): «وإن مات أحدهما - يعني: الواهب أو الموهوب له - قبل القبول أو ما يقوم مقامه بطلت وجهًا واحدًا - يعني الهبة - قال: لأن العقد لم يتم؛ فأشبه ما لو أوجب البيع، فمات أحدهما قبل القبول من المشتري».

وفي الموسوعة الكويتية (٣٠/ ٢١٤): «ذهب جمهور الفقهاء: الحنفية، والشافعية، والحنابلة إلى أن وفاة أحد العاقدين بعد الإيجاب وقبل القبول يبطل الإيجاب، فلا ينعقد العقد بعد الوفاة بقبول من وجه إليه الإيجاب بعد موت الموجب، ولا بقبول ورثة المخاطب بعد وفاته».

(١) الذخيرة (٥/ ٣٦)، وجاء في الموسوعة الكويتية (٣٠/ ٢١٤): «أما المالكية فالظاهر من نصوصهم أن الإيجاب لا يبطل عندهم بموت المخاطب، وأن حق القبول يورث بعد وفاة من وجه إليه الإيجاب، يقول القرافي: إذا أوجب لزيد فلوارثه القبول والرد، وهذا يعني أن المجلس لا ينفض بوفاة أحد العاقدين عند المالكية كما سيأتي، وقدمنا أن الموجب ليس له الرجوع عندهم قبل قبول أو رد المخاطب، أما بقاء الإيجاب بعد وفاة الموجب، أو بطلانه بوفاته، فلم نعثر لهم على نص في الموضوع. هذا، وقد ألحق بعض الفقهاء الجنون والإغماء بالوفاة في بطلان الإيجاب بهما».

في خيار المجلس على الصحيح المنصوص، والله أعلم»[١].

وفرق بعض الشافعية بين الوارث وبين الموكل، فقبل من الثاني ولم يقبل من الأول.

جاء في أسنى المطالب: «ولو مات المشتري بعد الإيجاب بحضرة وارثه لم يقبل وارثه، ولا يقبل وكيله، بل ولا موكله كما جزم به المصنف في شرح الإرشاد وهو مقتضى كلام الأصحاب.

وخالف بعضهم فقال بالصحة في الموكل»[٢].

☐ والراجح من الخلاف:

بعد استعراض الأقوال في المسألة فقد رجح الشيخ مصطفى الزرقاء رحمه الله القول ببطلان الإيجاب بالموت أو فقد الأهلية.

قال الشيخ: «رجوع الموجب عن إيجابه قبل أن يقبل الطرف الآخر مبطل للإيجاب، فلا يعتبر القبول بعده، وكذا وفاة الموجب أو زوال أهليته قبل القبول، وهذا قد يكثر في حالات التعاقد بالكتابة بين الغائبين فقد يرسل شخص كتابًا يتضمن إيجاب العقد من طرفه، ثم يموت أو يجن قبل وصول الكتاب، فلا يعتبر عندئذ قبول المرسل إليه عندما يصل إليه الكتاب ويقرؤه؛ لانهدام الإيجاب المبني عليه بوفاة الموجب قبل وقوع القبول»[٣].

---

(١) المجموع (٩/ ١٩٩).

(٢) أسنى المطالب (٢/ ٥).

(٣) المدخل الفقهي العام (١/ ٣٤٧).

وقد اختلفت القوانين العربية في هذه المسألة، فبعضها واجه هذه المسألة، وبعض القوانين لم يواجه هذه المسألة، ولم يشر إليها، وإليك الإشارة إلى بعض ما وقفت عليه منها: =

كما رجح الدكتور نشأت الدريني بأن الإيجاب يسقط بموت الموجب أو فقده

= ففي القانون المصري لا يعتبر الموت أو فقد الأهلية بعد صدور الإيجاب مبطلًا للإيجاب، يقول القانون المدني المصري (مادة: ٩٢): «إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة، أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل». انتهى نص المادة. وهذا القانون مطابق للقانون الليبي في مادته (٩٢)، والجزائري في مادته (٦٢).

فعلى هذا يذهب هذا القانون بأنه إذا مات من صدر عنه الإيجاب أو فقد أهليته، قبل أن ينتج أثره، أو صدر قبول من شخص، ثم مات هذا الشخص أو فقد أهليته فإن هذا لا يؤثر على إمكان ترتب أثره إذا ما اتصل بعلم من وجه إليه، وبذلك يتم العقد، وينفذ في مواجهة الورثة أو القيم.

ويؤخذ من هذا أنه في حالة وفاة من وجه إليه القبول أو فقد أهليته قبل وصول القبول إلى علمه لا يقوم العقد، لأنه لم يصل هذا التعبير عن الإرادة إلى علم من وجه إليه بعد أن مات، وبالتالي لا يتم العقد.

وخالف القانون الكويتي واللبناني القانون المصري والليبي والجزائري، فقد نصت المادة (٤٢) مدني كويتي على أن الإيجاب يسقط بموت الموجب، أو الموجب له، أو بفقد أحدهما الأهلية، كما نصت المادة ١٧٩/ ١ موجبات لبناني على أن وفاة الموجب أو فقدانه الأهلية الشرعية يجعلان الإيجاب لغوًا.

هذا الكلام في القوانين التي واجهت تلك المسألة وتبنت إحدى النظريتين، وهناك من القوانين من لم يتطرق إلى هذه المسألة، كالقانون الأردني، يقول الدكتور أمجد محمد منصور في كتابه النظرية العامة للالتزامات (ص٧٣): «نبادر إلى القول أن القانون المدني الأردني لم يتعرض لهذا الموضوع، وإن كانت تشريعات أخرى تناولته، وبالتالي فإن حكم هذا الموضوع يرد إلى أحكام الفقه الإسلامي حسبما أشارت إلى ذلك المادة الثانية من القانون المدني الأردني إذ جاء فيها: «إذا لم تجد المحكمة نصًا في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية» وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي في هذا الموضوع نجد أن الرأي السائد لديهم أن الإيجاب يسقط بموت الموجب، أو بفقده أهليته انطلاقًا من أن للموجب خيار الرجوع في إيجابه، وأنه يتعذر وجود هذا الخيار في هذه الحالة، أما بالنسبة للقبول فيقول الفقهاء بأن القبول لا يورث» اهـ

أهليته إذا كان الإيجاب غير ملزم، ولا يسقط إذا كان الإيجاب ملزمًا كما لو قيد الإيجاب بمدة معينة، يقول الدكتور: «ولما كان القول الصحيح في الفقه الإسلامي هو عدم الإلزام بالإيجاب وحده إذا كان غير مقيد بمدة، وكان قول المالكية - الذي أرجحه - هو الإلزام بالإيجاب إذا قيد بمدة، فإني أرجح سقوط الإيجاب بموت الموجب، أو فقده أهليته إذا كان الإيجاب غير ملزم، وبقاءه إذا كان ملزمًا؛ لأنه إذا كان غير ملزم فلا نتأكد من إصرار الموجب على الإيجاب لاحتمال رجوعه لو بقي على أهليته قبل قبول الآخر، أما إذا كان ملزمًا فلا حق له في الرجوع لو بقي على أهليته، فيبقى الإيجاب، ويجوز أن يتصل به القبول؛ لأني لا أرى وجهًا قويًا حينئذ لتأثير الموت أو فقد الأهلية»[1].

وهذا القول وسط بين القولين: بين من يقول: لا يسقط الإيجاب بالموت مطلقًا، و بين من يقول: يسقط الإيجاب بالموت مطلقًا، وهذا القول وسط بينهما، وذلك إن كان الإيجاب ملزمًا لصاحبه كما لو ضرب له مدة معينة فإنه لا يسقط بالموت ولا بفقد الأهلية ما دام أن القبول قد صدر خلال تلك المدة المعينة، وأما إذا كان الإيجاب غير ملزم كما لو كان لصاحبه الحق أن يرجع عن إيجابه متى شاء، فإن الموت وكذا فقد الأهلية يسقط الإيجاب، والله أعلم.



(١) التراضي في عقود المبادلات المالية (ص٢٧٧).

الباب الرابع
في الشروط المتعلقة بالعاقدين

تناولنا فيما سبق الركن الأول من أركان البيع: وهو الإيجاب والقبول (الصيغة)، وبينا أحكامه وشروطه.

وفي هذا الباب سوف نتناول إن شاء الله الركن الثاني للبيع، وهو العاقد، وهو الذي يباشر الإيجاب أو القبول في العقد؛ لأن الإيجاب والقبول لا يمكن تصور وجودهما من غير عاقد، والمقصود بالعاقد في عقد البيع: البائع والمشتري، ومن ينوب منابهما. ولما كان العاقد يشترط فيه شروط لا بد من توفرها حتى يكون البيع صحيحًا؛ فليس كل عاقد صالحًا لإبرام العقود، خصصنا هذا الباب لذكر الأحكام والشروط المتعلقة بالعاقدين (البائع والمشتري) نسأل الله ﷻ العون والتوفيق.

الشرط الأول
في توفر الأهلية في العاقد

المبحث الأول
في تعريف الأهلية

❑ تعريف الأهلية(١):

الأهلية في الاصطلاح: عبارة عن صلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، وهي الأمانة التي أخبر الله ﷻ بحمل الإنسان إياها بقوله: ﴿وَحَمَلَهَا ٱلْإِنسَٰنُ﴾ [الأحزاب: ٧٢].

وهي ضربان:

أهلية الوجوب: أي صلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه.

فكل إنسان صالح لأن تكون له حقوق، وعليه واجبات، وتثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده، بل من وقت كونه جنينًا إلى وقت موته، فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها، وذلك كالجنين يولد ميتًا.

---

(١) الأهلية نسبة إلى الأهل، يقال: هو أهل لكذا: أي مستوجب له، والواحد والجمع في ذلك سواء.
وأهله لذلك تأهيلًا وآهله: رآه له أهلًا. وتقول: فلان أهل لكذا: أي خليق به.
وفلان أهل لهذا الأمر: أي استوجبه واستحقه.
وفي التنزيل: ﴿هُوَ أَهْلُ ٱلتَّقْوَىٰ وَأَهْلُ ٱلْمَغْفِرَةِ﴾ [المدثر: ٥٦].
وأهلية الإنسان للشيء: صلاحيته لصدوره، وطلبه منه، وقبوله إياه.
انظر: اللسان (١١/ ٢٩، ٣٢)، مختار الصحاح (ص١٣)، التوقيف على مهمات التعاريف (ص١٠٥).

وقد أجمع الفقهاء على ثبوت هذه الأهلية للإنسان منذ ولادته، حتى يكون صالحًا لوجوب الحقوق له وعليه، فيثبت له ملك النكاح بتزويج الولي إياه، ويجب عليه المهر بعقد الولي(١).

الضرب الثاني: أهلية الأداء: أي صلاحيته لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعًا.

وهذا هو الذي يعنينا في هذا الباب، فإذا أطلقنا الأهلية فالمقصود بها أهلية الأداء.

وأهلية الأداء قد تكون كاملة، وقد تكون ناقصة، وقد تكون معدومة.

---

(١) التعريفات للجرجاني (ص١٤٣)، ونقله القرافي في الفروق (٣/ ٢٣٦).
«أهلية الوجوب في الإنسان لها عنصران، وهما: صلاحيته للإلزام وصلاحيته للالتزام.
العنصر الأول: صلاحيته للإلزام: أي قابليته لثبوت الحقوق له، وهذا العنصر يثبت له منذ كونه جنينًا في بطن أمه بإجماع الفقهاء، ولا يستدعي وجود ذمة مقدرة في شخصه؛ لأن الحق له لا عليه.
العنصر الثاني: صلاحيته للالتزام: أي قابليته لثبوت الحقوق عليه. وهذا يستدعي وجود ذمة مقدرة في شخصه، وهذا لا يثبت له إلا بعد ولادته حيًا.
فالجنين قبل ولادته يصلح للإلزام، وبعد ولادته تكتمل أهلية الوجوب لديه، فيكون صالحًا للإلزام والالتزام. فالجنين قبل انفصاله عن أمه جزء منها، ينتقل بانتقالها، ويقر بقرارها، ومستقل بنفسه من جهة التفرد بالحياة، فهو أهل لأن يكون له حقوق من إرث ووصية ونسب، ولكنه ليس أهلًا لأن يكون عليه حقوق، فلو اشترى له الولي لم يجب عليه الثمن، فإذا ولد حيًا أصبحت له ذمة، وأصبح أهلًا لأن يكون عليه حقوق. ومن هنا ربط الفقهاء المسلمون بين أهلية الوجوب، وبين الذمة، فالذمة أساس لأهلية الوجوب، والأهلية أثر لوجود الذمة، وليست الذمة هي الأهلية، فإنه يصح أن يقال: ثبت في ذمة فلان كذا، ولا يقال: ثبت في أهليته كذا، ويقال: ذمته مشغولة بكذا، ولا يقال: أهليته مشغولة بكذا. وقد سبق لنا تعريف الذمة.

فالكاملة هي في حق البالغ الحر الرشيد غير المحجور عليه، فمن اتصف بهذه الصفات تحققت له أهلية الأداء الكاملة، ويكون حرًا طليقًا في تصرفاته إلا بما نهى عنه الشرع أو قيده.

وتكون الأهلية ناقصة في حق الصبي، والمميز، والسفيه، والعبد.

وتكون معدومة في حق الصبي غير المميز، والمجنون ونحوهما.

ونريد أن نتوقف عند بيان الأهلية الكاملة.

فقلنا الأهلية الكاملة: هي في حق المكلف الحر الرشيد.

والمكلف: هو البالغ العاقل.

فقيد العاقل: أخرج المجنون والسكران، والمعتوه.

وقيد الحرية: أخرج العبد.

وقيد البلوغ: أخرج الصبي.

وللبلوغ علامات طبيعية منها ما هو محل وفاق، ومنها ما هو محل خلاف، ومنها ما هو مشترك بين الذكر والأنثى، ومنها ما هو خاص بأحدهما.

ومن هذه العلامات:

الأولى: الاحتلام.

والمقصود به خروج المني من الرجل أو المرأة بلا علة، يقظة، أو منامًا.

قال تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟ كَمَا ٱسْتَـْٔذَنَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ﴾ الآية [النور: ٥٩].

وجه الاستدلال:

أنه حين بلغ الأطفال الحلم كلفوا بوجوب الاستئذان، بينما قبل البلوغ كان

الخطاب موجهًا إلى أوليائهم، فقال سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِيَسۡتَـٔۡذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ وَٱلَّذِينَ لَمۡ يَبۡلُغُواْ ٱلۡحُلُمَ مِنكُمۡ﴾ [النور: ٥٨].

وقال تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدًا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ﴾ [النساء: ٦].

وجه الاستدلال:

جعل الله ﷻ بلوغ النكاح موجبًا لارتفاع الولاية عن اليتيم، بشرط كونه راشدًا.

(ح-٣٠) ومن السنة ما رواه مسلم، حدثنا عمرو بن سواد العامري، حدثنا عبد الله بن وهب، أخبرنا عمرو بن الحارث، أن سعيد بن أبي هلال، وبكير بن الأشج حدثاه، عن أبي بكر بن المنكدر، عن عمرو بن سليم، عن عبد الرحمن بن أبي سعيد الخدري، عن أبيه رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: **غسل يوم الجمعة على كل محتلم، وسواك، ويمس من الطيب ما قدر عليه**. رواه البخاري، ومسلم واللفظ له[1].

وجه الاستدلال:

قوله ﷺ: (على كل محتلم) فجعل الاحتلام محلًا للتكليف.

وأما الإجماع، فقال الحافظ في الفتح: «أجمع العلماء على أن الاحتلام في الرجال والنساء يلزم به العبادات، والحدود وسائر الأحكام»[2].

العلامة الثانية: الحيض، وتختص به الأنثى.

(١) صحيح البخاري (٨٤٦)، ومسلم (٧٨٤٦).
(٢) فتح الباري (٥/ ٦١٠).

قال الحافظ في الفتح: «وأجمع العلماء على أن الحيض بلوغ في حق النساء»(١).

(ح-٣١) وروى الإمام أحمد، قال: حدثنا يونس، ثنا حماد، عن قتادة، عن ابن سيرين، عن صفية بنت الحارث، عن عائشة، عن النبي ﷺ قال: **لا تقبل صلاة حائض إلا بخمار**(٢).

[الحديث حسن لغيره إن شاء الله. ورواية قتادة قد اضطرب عليه فيها، والراجح فيه ابن سيرين عن عائشة، وليست بالمتصلة، لكن لها شاهد ضعيف من حديث أبي قتادة](٣).

العلامة الثالثة: الإنبات.

[م - ٧٩] وقد اختلف الفقهاء في اعتبار الإنبات علامة من علامات البلوغ.

فقيل: ليس بعلامة مطلقًا، لا في الحقوق الواجبة للخالق، ولا في حقوق الآدميين. وهو مذهب الحنفية(٤).

وقيل: إن الإنبات علامة مطلقًا في حق المسلم والكافر، في حق الله وحق المخلوق. وهو مذهب الحنابلة(٥)، ورواية عن أبي يوسف من الحنفية(٦).

---

(١) فتح الباري (٥/ ٦١٠).
(٢) المسند (٦/ ٢٥٩).
(٣) سبق بحثه في كتابي الحيض والنفاس رواية ودراية رقم (١٠).
(٤) رد المحتار (٥/ ٩٧). وقال: «لا اعتبار لنبات العانة، خلافًا للشافعي ورواية عن أبي يوسف». وانظر: البحر الرائق (٣/ ٩٦) شرح فتح القدير كتاب الحجر، فصل في حد البلوغ (٩/ ٢٧٦).
(٥) المحرر (١/ ٣٤٧) الفروع (٤/ ٣١٢) الإنصاف (٥/ ٣٢٠) المبدع (٤/ ٣٣٢) معونة أولى النهي شرح المنتهى (٤/ ٥٦٠).
(٦) رد المحتار (٥/ ٩٧) المسمى بحاشية ابن عابدين.

واعتبر المالكية الإنبات علامة إلا أنهم اختلفوا فيها على قولين:

فقيل: الإنبات علامة مطلقًا. قال في الشرح الكبير وهو المذهب(١).

وقال بعضهم: الإنبات علامة على البلوغ فيما بين الشخص وبين غيره من الآدميين من قذف، وقطع، وقتل. وأما فيما بين الشخص وبين الله تعالى من حقوق فليس بعلامة(٢).

وقالت الشافعية: الإنبات علامة على البلوغ في حق صبيان الكفار.

وأما المسلمون فاختلفوا فيهم على وجهين:

الوجه الأول: أنه علامة على البلوغ في حقهم كالكفار.

الوجه الثاني: وهو الصحيح عندهم أنه ليس علامة على البلوغ عندهم(٣).

وانظر أدلة كل قول في هذه المسألة في كتابي الحيض والنفاس، فقد ذكرتها بالتفصيل، فأغنى عن إعادتها هنا.

وقد ترجح لي أن الإنبات علامة من علامات البلوغ مطلقًا في حق الله وحق الآدمي، من المسلمين والكفار، والله أعلم.

---

(١) الشرح الكبير المطبوع بحاشية الدسوقي (٣/ ٢٩٣) ولم يذكر غيره الصاوي في حاشيته على الشرح الصغير (٣/ ٤٠٤).

وقال في أسهل المدارك (٢/ ١٥٩): «ومتى نبت شعر العانة الخشن، كان ذلك علامة على التكليف بالنسبة لحقوق الله تعالى، من صلاة وصوم ونحوهما، وحقوق عباد الله على التحقيق».

(٢) مواهب الجليل (٥/ ٥٩) وانظر: بهامشه التاج والإكليل(٥/ ٥٩) فقد نقل عن ابن رشد بأنه: لا خلاف عنده أنه لا يعتبر البلوغ بالإنبات فيما بينه وبين الله تعالى، واختلف في قول مالك فيمن وجب عليه حد وقد أنبت، ولم يبلغ أقصى سن من لا يحتلم، وادعى أنه لم يحتلم، والأصح عندي من القولين أن يصدق، ولا يقام عليه حد للشك في احتلامه.

(٣) مغني المحتاج (٢/ ١٦٧) روضة الطالبين (٤/ ١٧٨) المهذب (١/ ٣٣٧، ٣٣٨) الوجيز (١/ ١٧٦).

العلامة الرابعة: البلوغ بالسن.

[م - ٨٠] اختلف الفقهاء في سن البلوغ.

فقيل: تمام خمس عشرة سنة، للذكر والأنثى.

وهو مذهب الشافعية(١)، ومذهب الحنابلة(٢)، واختاره ابن وهب من المالكية(٣). وأبو يوسف ومحمد من الحنفية(٤)، وهو رواية عن أبي حنيفة(٥).

وقيل: للغلام أن يتم له ثماني عشرة سنة، وللجارية أن يتم لها سبع عشرة سنة(٦).

وفي المذهب المالكي أقوال:

المشهور منها بلوغ ثماني عشرة سنة للذكر الأنثى(٧).

وقيل: تسع عشرة.

وقيل: سبع عشرة.

وقيل: ست عشرة(٨).

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ١٦٥) روضة الطالين (٤/ ١٧٨) المهذب (١/ ٣٣٧، ٣٣٨).

(٢) المحرر (١/ ٣٤٧) الفروع (٤/ ٣١٢) الإنصاف (٥/ ٣٢٠) المبدع (٤/ ٣٣٢)، معونة أولى النهى شرح المنتهى (٤/ ٥٦٠).

(٣) أسهل المدارك (٢/ ١٥٩) مواهب الجليل (٥/ ٥٩).

(٤) البحر الرائق (٣/ ٩٦) شرح فتح القدير (٩/ ٢٧٦).

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) البحر الرائق، شرح فتح القدير (٩/ ٢٧٦).

(٧) لم يذكر الصاوي غيره في حاشيته على الشرح الصغير (٣/ ٤٠٤). وقال في أسهل المدارك (٣/ ١٥٩): «ومنها بلوغ ثماني عشرة سنة على المشهور».

(٨) مواهب الجليل (٥/ ٥٩). حاشية الدسوقي (٣/ ٢٩٣).

واختار ابن حزم: تمام تسع عشرة[١].

ولم يترجح لي شيء منها، والأدلة في ابن خمس عشرة سنة محتملة، ويندر أن يتأخر البلوغ إلى ما بعد ثماني عشرة سنة، والله أعلم.

وإذا عرفنا علامات البلوغ، فلا يكفي في المرء حتى تتحقق فيه الأهلية الكاملة أن يكون بالغًا عاقلًا حتى يكون رشيدًا.

والرشد في الاصطلاح[٢]: اختلف العلماء في تعريفه على قولين:

فمنهم من عرف الرشد: بالصلاح في المال، وهذا مذهب الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، والحنابلة[٥].

---

(١) المسألة (١١٩) من المحلى.

(٢) الرشد في اللغة: الصلاح: وهو خلاف الغي والضلال، وهو إصابة الصواب ورَشِد رَشَدًا من باب تَعِب وَرَشَدَ يَرْشُدُ مِنْ بَابِ قَتَلَ فَهُوَ رَاشِدٌ وَالاسْمُ: الرَّشَادُ، ويتعدى بالهمزة وَرَشَّدَهُ الْقَاضِي تَرْشِيدًا جَعَلَهُ رَشِيدًا وَاسْتَرْشَدْتُهُ فَأَرْشَدَنِي إِلَى الشَّيْءِ، وعليه وله، قاله أبو زيد المصباح المنير (ص٢٢٧).

(٣) قال في بدائع الصنائع (٧/ ١٧٠): «والرشد هو الاستقامة والاهتداء في حفظ المال وإصلاحه». وانظر أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٩٣)، كشف الأسرار (٤/ ٣٦٩).

(٤) حاشية الدسوقي (٢/ ٥٢٩)، وجاء في مواهب الجليل (٥/ ٦٤):

«ولا يشترط في الرشيد أن يكون عدلًا قال في المتيطية في فصل الولايات والمحجور، وإذا كان اليتيم فاسقًا مبرزًا، وكان مع هذا ناظرًا في ماله، ضابطًا له، وجب إطلاقه من الولاية، وإن كان من أهل الدين والصلاح، ولم يكن ناظرًا في ماله لم يجب إطلاقه من الولاية انتهى.

قال في المدونة: وصفة من يحجر عليه من الأحرار إن كان يبذر ماله سرفًا في لذاته من الشراب والفسق وغيره، ويسقط فيه سقوط من لم يعد المال شيئًا، وأما من أحرز المال وأنماه، وهو فاسق في حاله غير مبذر لماله فلا يحجر عليه». وانظر التاج والإكليل (٥/ ٥٩).

(٥) المغني (٤/ ٣٠١).

ومنهم من عرف الرشد: بالصلاح في الدين والمال، وهو مذهب الشافعية[١].

والمراد بالصلاح في الدين: أن لا يرتكب محرمًا يسقط العدالة، وفي المال ألا يبذر[٢].

والصحيح أن الرشد يختلف من مقام لآخر.

فالرشد في ولي النكاح مثلًا: معرفته بالكفء، ومصالح النكاح، وليس له علاقة بحفظ المال.

والرشد في المال: هو حفظه وإصلاحه، ولا يدخل فيه الرشد في الدين، ولو كان صلاح الدين شرطًا في الرشد لوجب الحجر على المنافقين والمبتدعة، بل يجب الحجر على كل من اغتاب مسلمًا ولم يتب من هذه المعصية وذلك لارتكابه كبيرة من كبائر الذنوب، ويجب الحجر على كل من كذب في بيعه، أو غش فيه.

فتلخص لنا أنه يشترط في العاقد أن يكون جائز التصرف، وهو الحر المكلف الرشيد، وهذا لا خلاف في جواز بيعه وشرائه، وسائر تصرفاته، كما أن المجنون لا خلاف في أنه لا يصح بيعه، وشراؤه، وسائر تصرفاته العقدية.

واختلفوا في بيع الصبي، والسكران، والسفيه، والمعتوه، وسوف نفصل أحكامهم إن شاء الله تعالى في الفصول التالية.

❁ ❁ ❁

---

(١) حاشية الجمل (٣/ ٣٣٩، ٣٤٠)، تحفة المحتاج (٥/ ١٦٨)، مغني المحتاج (٢/ ١٦٩)، السراج الوهاج (ص٢٣٠).

(٢) منهاج الطالبين (ص٥٩).

المبحث الثاني
في تصرفات الصبي

الفرع الأول
في تصرفات الصبي غير المميز

مسألة
في تعريف الصبا والتمييز

❑ **تعريف الصبي[١]:**

الصبي عند الفقهاء، قالوا: الصبي والغلام: من لم يبلغ[٢].

وقال ابن مفلح في شرح منظومة الآداب: «ظاهر كلام أهل اللغة أن الصبي من لم يفطم بعد، ولكن ليس مرادًا في كلام الناظم، بل المراد من لم يبلغ حد سن التكليف.

---

(١) الصبي: مفرد جمعه: صِبْوَة، وأَصْبِيَة قال في اللسان: الواو هو القياس، وإن كانت الياء أكثر استعمالًا، ويجمع أيضًا صبيان، وصُبوان بضم الصاد وكسرها. والمصدر: الصبا. وامرأة مصبية: أي ذات صبيان. الجارية: صبية، والجمع: صبايا، مثل مطية، والجمع مطايا، ويقال للغلمان: صبيان.
ورأيته في صباه: أي في صغره.
والصبي: لفظ يستوي في المذكر والمؤنث.
والصبي: المولود من لدن يولد إلى أن يفطم.
وأدرك الصبي: بلغ غاية الصبا، وذلك حين البلوغ. انظر لسان العرب (١٤/ ٤٥٠)، المصباح المنير (٢/ ٥١١)، التعاريف (١/ ٣٣٦).

(٢) الفروع (٤/ ٦١٨).

وفي حديث: «أنه ﷺ رأى حسنا يلعب مع صبوة في السكة» والصبوة والصبية جمع صبي. ومعلوم أن الذين يلعبون أكبر من الذين يرضعون»(١).

وأما تعريف التمييز(٢) عند الْفُقَهَاءُ:

فهم يريدون بسن التمييز تلك السن التي إذا انتهى إليها الصغير عرف مضاره

---

(١) شرح منظومة الآداب (١/ ٢٣٦)، والحديث تفرد به سعيد بن أبي راشد، ولم يرو عنه إلا عبد الله بن خثيم، فهو مجهول. وقد ورد بلفظ (حسين مع غلمان) وفي بعضها (حسين مع صبية)، وفي بعضها لم يذكر فيها اللفظين، وإنما فيه (فطفق الصبي يفر هاهنا)، وحسنه الترمذي، وقال البوصيري في مصباح الزجاجة (١/ ٢٢): «هذا إسناد حسن رجاله ثقات...».
فقد رواه عفان بن مسلم كما في أحاديثه (١٢)، وابن أبي شيبة في المصنف (٣٢١٩٦)، وأحمد ابن حنبل كما في المسند (٤/ ١٧٢) والبخاري في الأدب المفرد (٣٦٤) و الترمذي (٣٧٧٥)، وابن ماجه (١٤٤)، والطبراني في المعجم الكبير (٧٠٢، ٢٥٨٩)، وابن حبان في صحيحه (٦٩٧١)، والحاكم في المستدرك (٣/ ١)، وأبو نعيم في معرفة الصحابة (٦٦٨٤)، والدولابي في الكنى والأسماء (٤٧٩)، وابن شاهين في شرح مذاهب أهل السنة (١٧٣)، والمزي في تهذيب الكمال (١٠/ ٤٢٦) من طريق عبد الله بن عثمان بن خثيم، عن سعيد بن أبي راشد، عن يعلى بن مرة.
وعبد الله بن عثمان بن خثيم، قال فيه الحافظ في التقريب: صدوق، وسعد بن أبي راشد، قال فيه الحافظ في التقريب: مقبول، يعني حيث يتابع، وإلا فلين.
ورواه الطبراني في المعجم الكبير (٢٥٨٦) حدثنا بكر بن سهل،
ويعقوب بن سفيان في المعرفة والتاريخ (١/ ١٣٩) حدثنا أبو يوسف، كلاهما عن عبد الله ابن صالح، حدثني معاوية بن صالح، عن ر اشد بن سعد، عن يعلى بن مرة.
وقد تفرد كاتب الليث بقوله (راشد بن سعد) والمعروف فيه (سعيد بن أبي راشد)، وكاتب الليث ليس بالقوي.

(٢) وأما التَّمْيِيزُ لُغَةً مَصْدَرُ مَيَّزَ. يُقَالُ: مَازَ الشَّيْءَ إذَا عَزَلَهُ وَفَرَزَهُ وَفَصَلَهُ، وَتَمَيَّزَ الْقَوْمُ وَامْتَازُوا صَارُوا فِي نَاحِيَةٍ.
وَامْتَازَ عَنْ الشَّيْءِ تَبَاعَدَ مِنْهُ.
وَيُقَالُ: امْتَازَ الْقَوْمُ إذَا تَمَيَّزَ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ..

ومنافعه، وكأنه مأخوذ من ميزت الأشياء إذا فرقت بين خيرها وشرها بعد المعرفة بها[١].

[م - ٨١] وهل يبلغ الطفل التمييز بالسن، أو بالوصف؟

في ذلك خلاف بين أهل العلم:

فقيل: ليس له حد باعتبار السنين، وعلى هذا قالوا في تعريف المميز: هو الذي يفهم الخطاب، ويرد الجواب[٢].

وقال المرداوي الحنبلي في الإنصاف: وهو الصواب، والاشتقاق يدل عليه[٣].

وقال الدسوقي: «والمراد بفهم الخطاب ورد الجواب: أنه إذا كلم بشيء من مقاصد العقلاء فهمه، وأحسن الجواب عنه، لا أنه إذا دعي أجاب»[٤].

وقيل: أن يصير الصغير بحيث يأكل وحده، ويشرب وحده، ويستنجي وحده[٥].

وقيل: حده أن يعرف يمينه من شماله[٦].

---

(١) انظر الموسوعة الكويتية (١٤/ ٣٢).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٢٤٣)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (١/ ٧٢٥)، المبدع (١/ ٣٢٧)، شرح منتهى الإرادات (١/ ١٢٧)، كشاف القناع (١/ ٢٢٥)، الإنصاف (١/ ٣٩٦)، المطلع (ص٥١).

(٣) الإنصاف (١/ ٣٩٦)..

(٤) حاشية الدسوقي (١/ ٥٤١)، وانظر حاشية العدوي (١/ ٥٨٤).

(٥) قال في مغني المحتاج (٢/ ٣٨): «وأحسن ما قيل في حد التمييز: أن يصير الطفل بحيث يأكل وحده، ويشرب وحده، ويستنجي وحده، وقيل: أن يصير بحيث يفهم الخطاب، ويرد الجواب».

(٦) إعانة الطالبين (١/ ٢٤). وانظر الوسيط (٦/ ٢٤٠، ٢٤١).

وقيل: «بأن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له، ويعلم الغبن الفاحش من اليسير، ويقصد به تحصيل الربح والزيادة»[(١)].

وفي الجوهرة النيرة: «ومن علامة كونه غير عاقل، إذا أعطى الحلواني فلوسًا، فأخذ الحلوى، وجعل يبكي، ويقول: أعطني فلوسي، فهذا علامة كونه غير عاقل، وإن أخذ الحلوى، وذهب، ولم يسترد الفلوس فهو عاقل»[(٢)].

ومنهم من حد التمييز بالسن.

قال النووي: إذا بلغ الصبي سبع سنين أو ثمان تقريبًا، صار مميزًا[(٣)].

وقيل: إذا بلغ سبع سنين، وعليه أكثر الحنابلة[(٤)]

---

(١) تبيين الحقائق (٥/ ١٩١)، شرح فتح القدير (٩/ ٣١١).

(٢) الجوهرة النيرة (١/ ٢٤٠)، ولعله يقصد بالعقل هنا التمييز.

(٣) روضة الطالبين (٣/ ٤١٥)، أسنى المطالب (٢/ ٤١)، الإقناع للشربيني (١/ ١١٤)، المجموع (٩/ ٤٤٣).
وقال في السراج الوهاج (ص١٨٢): «التمييز: وهو من سبع سنين إلى ما فوق».
وقال في مغني المحتاج (٢/ ٣٨): «وظاهر كلامهم - يعني فقهاء الشافعية - الاكتفاء بالتمييز - يعني في التفريق بين الأم وولدها - وإن حصل قبل السبع، وعبارة الجمهور إلى سبع سنين، فيجوز أن يكون إطلاقهم لذلك؛ لأنه مظنة التمييز، كما في الحضانة وغيرها، ويجوز أن يعتبر هنا منع التمييز قبلها، ليحصل له قوة واستبدال على الانفراد».
قلت: لعل ذكرهم السبع من باب أنه غالبًا ما يكون في السن السابعة، وليس المراد التحديد، ولذلك قال في إعانة الطالبين (٤/ ١٠٢): «وسن التمييز غالبًا سبع سنين أو ثمان تقريبًا، وقد يتقدم على السبع، وقد يتأخر عن الثمان، والمدار على التمييز، لا على السن». وانظر الإقناع للشربيني (٢/ ٤٩٠)، وكفاية الأخيار (١/ ٤٤٧).

(٤) التقرير والتحبير (٢/ ٣١٨)، جاء في كتاب الإنصاف (٩/ ٤٣٠): «أكثر الأصحاب يقول: إن حد سن التمييز سبع سنين».
وفي القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام (ص١٦): «واختلف أصحابنا في سن التمييز، فالأكثر على أنه سبع سنين».

وقيل: ست سنين، وهو قول في مذهب الحنابلة[١].

❑ دليل من قال: بالتحديد بالسن.

الدليل الأول:

(ح-٣٢) بما رواه أحمد، قال: حدثنا محمد بن عبد الرحمن الطفاوي، وعبد الله بن بكر السهمي، المعنى واحد قالا: حدثنا سوار أبو حمزة، عن عمرو ابن شعيب عن أبيه، عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: **مروا أبناءكم بالصلاة لسبع سنين، واضربوهم عليها لعشر سنين، وفرقوا بينهم في المضاجع. وإذا أنكح أحدكم عبده فلا ينظرن إلى شيء من عورته، فإنما أسفل من سرته إلى ركبته من عورته**[٢]. [صحيح لغيره][٣].

والحق أن الحديث ليس صريحًا في الباب، فقد يقال: إن التكليف بالصلاة ليس متوقفًا على مجرد التمييز، ولو كان كذلك لأمر بها قبل السابعة ؛ لأن فعل الصلاة يتطلب فعل الطهارة بنوعيها: الطهارة من الحدث، والطهارة من الخبث، وإدراك واجبات الصلاة، وهذا فيه نوع مشقة لا تخفى، لذلك علق الأمر بالسن السابعة والتي يصبح الطفل فيها مستعدًا للقيام بالواجبات، ولم يعلق على سن التمييز، والله أعلم.

---

(١) المرجع السابق. ويذهب القانون الأردني في مادته (٤٤) من القانون المدني: «كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد للتمييز» ونصت المادة (١١٨/ ٣) سن التمييز سبع سنوات كاملة. ويقول السنهوري في الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (١/ ٢٩٤) (١٥٣): «يعتبر الصبي مميزًا من وقت بلوغه سن التمييز، أي من سن السابعة إلى وقت بلوغه سن الرشد: أي سن الإحدى والعشرين».

(٢) المسند (٢/ ١٨٧).

(٣) سبق تخريجه، انظر كتاب الحيض والنفاس رواية ودراية للمؤلف (١٩).

❑ دليل من قال: الأمر لا يتعلق بالسن.

(ح-٣٣) استدلوا بما رواه البخاري من طريق الزبيدي، عن الزهري، عن محمود بن الربيع قال: **عقلت من النبي ﷺ مجة، مجها في وجهي وأنا ابن خمس سنين من دلو**[١].

قال ابن القيم: «ينشأ معه - يعني الصبي - التمييز والعقل على التدريج شيئًا فشيئًا إلى سن التمييز وليس له سن معين، بل من الناس من يميز لخمس، كما قال محمود ابن الربيع: عقلت من النبي ﷺ مجة مجها في وجهي من دلو في بئرهم، وأنا ابن خمس سنين، ولذلك جعلت الخمس سنين حدًا لحدة سماع الصبي، وبعضهم يميز لأقل منها، ويذكر أمورا جرت له وهو دون الخمس سنين»[٢].

قلت: لا يلزم من تذكر حدث معين ليس فيه تفاصيل كثيرة أن يكون هذا دليلًا على أنه بلغ سن التمييز، والذي يحسن معه التصرف في البيع والشراء، ومعرفة النافع والضار إلى غير ذلك، فقد ينقل الطفل الصغير الكلام اليسير بين أبيه وأمه، وقد يعده أبوه بشراء شيء له، فيحفظ هذا، ويسأل أباه عنه إذا تخلف في وعده، وقد يزجره أبوه عن فعل ما، فيمتثل أمره، ولا يفعله مرة أخرى، وإن كان لا يقال مع ذلك قد بلغ مرحلة التمييز التي تؤهله أن يتصرف في البيع والشراء.

(ح-٣٤) فقد روى الشيخان من حديث أبي هريرة، واللفظ لمسلم، قال: أخذ الحسن بن علي تمرة من تمر الصدقة، فجعلها في فيه، فقال رسول الله ﷺ: كخ كخ، ارم بها، أما علمت أنا لا نأكل الصدقة[٣].

---

(١) صحيح البخاري (٧٧).

(٢) تحفة المولود (ص٢٩١).

(٣) مسلم (١٠٦٩).

فقوله: (كخ كخ) يشعرك بأن الحسن كان صغيرًا، وقال له ذلك ليستقذرها، ومع صغره فقد نهاه، وقرن النهي بالعلة، قائلًا (أما علمت) فجعل له نسبة من العلم.

وفي شرح النووي على مسلم: «أما علمت أنا لا نأكل الصدقة، هذه اللفظة تقال في الشيء الواضح التحريم ونحوه، وإن كان المخاطب عالمًا به، وتقديره: عجب كيف خفي عليك هذا مع ظهور تحريم الزكاة...»(١).

إلا أن الحافظ جعل المقصود بالخطاب غيره، فقال: «ومخاطبة من لا يميز لقصد إسماع من يميز؛ لأن الحسن إذ ذاك كان طفلًا».

والأفضل أن يقال: يؤخذ من هذا الحديث مشروعية مخاطبة الطفل بلسان من يعقل الأمور ليكتسبها، ويتعلم منها، ويزرع في قلبه مراقبة الله منذ نعومة أظفاره، كما يؤخذ منه أن الصغير ينهى عما ينهى عنه الكبير، فهذا من باب التروك، وليس من باب فعل المأمور.

الدليل الثاني:

إن كلمة تمييز يفهم من اشتقاقها أن يميز الشيء عن الشيء، بحيث يفصله، ويفضل بعضه على بعض، بمعنى أن يميز ما ينفعه عما يضره، ويفضله عليه، وهذا يختلف من صبي لآخر كما هو مشاهد، فالقدرة على التعليم، ونسبة الذكاء يتفاوت فيها الصبية كما يتفاوت فيها الكبار، فحدها بسن معينة ليس دقيقًا. وهذا هو القول الراجح.

❊ ❊ ❊

(١) شرح النووي على صحيح مسلم (٧/ ١٧٥).

الفرع الثاني
خلاف العلماء في بيع الصبي غير المميز

جاء في تحفة المحتاج: عبارة الصبي ملغاة[١].

وجاء في المبدع: من لا يصح تصرفه لا قول له[٢].

قال السرخسي: الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء[٣].

[م - ٨٢] ذهب عامة الفقهاء إلى بطلان تصرفات الصبي غير المميز من بيع وشراء وغير ذلك مطلقًا، سواء أذن له الولي أو لم يأذن.

وعللوا ذلك بأن عبارته ملغاة لا اعتداد بها شرعًا، فلا تصح بها عبادة، ولا تجب بها عقوبة، ولا ينعقد معها بيع أو شراء، حتى تلك العبادات التي تصح منه كالحج والعمرة، لا تصح منه النية، وإنما ينوي عنه وليه؛ لأن التمييز إذا فُقِد لم يصح منه قصدٌ (النية)، ولم يقع منه رضا، وهما شرطان في صحة البيع[٤].

«قال ابن بزيزة: لم يختلف العلماء أن بيع الصغير والمجنون باطل لعدم التمييز»[٥].

---

(١) تحفة المحتاج (٨/ ٤٤٨).
(٢) المبدع (١٠/ ١٤٦).
(٣) المبسوط (٥/ ١٩، ٢١).
(٤) تبيين الحقائق (٥/ ١٩١)، وجاء في مواهب الجليل (٤/ ٢٤١): «الركن الثاني: العاقد، وشرطه التمييز، فلا ينعقد بيع غير المميز لصغر أو جنون أو إغماء...».
وانظر حاشية الدسوقي (٣/ ٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦).
(٥) حاشية الدسوقي (٣/ ٥)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١٧).

وقيل: يصح تصرف الصبي غير المميز في الشيء اليسير، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة(١).

وقيل: التمييز شرط للزوم البيع، وليس شرطًا للصحة، فيصح البيع من غير المميز، ويكون موقوفًا على إجازة من له النظر. وهذا قول مرجوح في مذهب المالكية(٢).

وهناك فرق بين إجازة الولي، وبين إذن الولي، فالإجازة تكون بعد انتهاء العقد، فيكون العقد موقوفًا حتى تأتي الإجازة، والإذن لا بد أن يكون سابقًا للعقد.

والراجح القول بعدم اعتبار تصرف الصبي غير المميز إلا أن يجري عرف بأن الصبي إذا جاء يحمل معه مبلغًا يسيرًا لا يتطلع إليه غالب الناس، وجاء إلى البقال ليشتري له حلوى كعادة الصبيان في عصرنا، وكان عرف الناس كما هو الحال في بلادنا أن يبيعوا الشيء الذي يشير إليه، ولم يكن في هذا ضرر عليه في تناوله أن يبيعه صاحب الدكان، ولو لم يأخذ إذنًا صريحًا على أن وليه إن رفض بعد ذلك، ولم يفت المبيع كان له حق إرجاعه، والله أعلم.

---

(١) قال في الإنصاف (٤/ ٢٦٨): «ظاهر كلام المؤلف - يعني ابن قدامة - عدم صحة تصرف غير المميز مطلقًا، أما في الكثير فلا يصح قولًا واحدًا، ولو أذن فيه الولي، وأما في اليسير فالصحيح من المذهب صحة تصرفه، وهو الصواب..».
وقال ابن قدامة في المغني (٤/ ١٦٨): «وأما غير المميز فلا يصح تصرفه وإن أذن له الولي فيه، إلا في الشيء اليسير». وقال في كشاف القناع (٣/ ١٥١): «ويصح تصرف صغير، ولو دون تمييز في يسير...».

(٢) حاشية الدسوقي (٣/ ٥)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١٧)، وفي حاشية العدوي على الخرشي (٥/ ٨): «الحق الموافق للنقل أن لابن رشد والباجي قولين بالصحة من غير المميز كالمجنون والسكران».

الفرع الثالث
في بيع الصبي المميز

المسألة الأولى
في الحكم على تصرفات الصبي المميز

بيع الصبي: هو نوع من التصرف المالي، والفقهاء يقسمون تصرفات الصبي المميز إلى ثلاثة أقسام:

❑ القسم الأول:

تصرفات نافعة نفعًا محضًا، كقبول الهبة، والهدية، ونحوها، فهذه تجوز، وتصح من الصبي المميز، ولو بدون إذن الولي ؛ لأن القبول نفع محض، والضرر منعدم، والحجر عليه إنما كان من أجل حظه، فيصح مطلقًا، وهذا مذهب الجمهور.

وخالف الشافعية فقالوا: لا يصح، وإن أذن له الولي.

وصحح الحنابلة القبول، وأما القبض فقالوا: يصح بإذن الولي.

❑ القسم الثاني:

تصرفات ضارة ضررًا محضًا دنيويًا، كالتبرع، والقرض، والصدقة، والعتق، فلا يصحان، ولو أذن له الولي؛ لأن في ذلك إضاعة لماله، حتى ولو أذن له الولي ؛ لأن ولايته ولاية نظر، وموافقته على ما فيه ضرر على الصبي معارض لغرض الولاية، وهو أمر منهي عنه.

قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ [الإسراء ٣٤].

واستثنى الحنفية من التبرع الإعارة، فصححوها، ومنعها الجمهور.

❑ القسم الثالث:

هناك تصرفات قد اختلف فيها الفقهاء، هل تعتبر ضارة، فلا تصح، أو فيها منفعة راجحة، فتجوز، وهي كثيرة وليس هذا مجال بحثها؛ لأن في هذا خروجًا عن موضوع بحثنا(١).

---

(١) أشير لك إلى بعضها إشارة تقرب لك الموضوع، وإن كان ليس هذا موضع بحثها كما قلت:

ففي طلاق الصبي وظهاره ولعانه وإيلاؤه، وخلعه:

اختلف الجمهور مع الحنابلة، فالجمهور على عدم صحة وقوع ذلك منه، وذهب الحنابلة إلى وقوع ذلك منه.

وفي مذهب الحنابلة رواية ثانية توافق قول الجمهور.

انظر بدائع الصنائع (٣/ ١٠٠)، المبسوط (٦/ ٥٣)، تبيين الحقائق (٢/ ١٩٤).

وفي المدونة (٣/ ٢٥): «قلت: أيجوز طلاق الصبي في قول مالك؟ قال: قال لي مالك: لا يجوز طلاق الصبي حتى يحتلم».

وانظر الخرشي (٤/ ٣١)، مواهب الجليل (٣/ ٤٥٣).

وفي مذهب الشافعية انظر الأم (٨/ ٢٠٠)، الروضة (٨/ ٢٢).

وفي مذهب الحنابلة انظر الإنصاف (٨/ ٤٣١)، المبدع (٧/ ٢٢٢، ٢٥١)، (٨/ ١٩، ٣٥).

وفي وصية الصبي:

ذهب الحنفية، والشافعية، والظاهرية إلى اشتراط البلوغ.

وقيل: تصح من الصبي المميز، وهو مذهب المالكية، وقول في مذهب الشافعية، والمشهور من مذهب الحنابلة.

انظر المبسوط (٢٨/ ٩٢)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٤)، الخرشي (٨/ ١٦٧)، مواهب الجليل (٦/ ٣٦٤)، الفواكه الدواني (٢/ ١٣٣)، حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٢)، روضة الطالبين (٦/ ٩٧)، المبدع (٦/ ٥)، المحرر (١/ ٣٦٧)، وقال في الإنصاف (٧/ ١٨٥): «وإذا جاوز الصبي العشر صحت وصيته على الصحيح من المذهب، وعليه الأصحاب..». =

المسألة الثانية
في بيع الصبي إذا كان مأذونًا له

[م - ٨٣] اختلف العلماء رحمهم الله في بيع الصبي المميز وشرائه إذا كان مأذونًا له في ذلك على قولين:

القول الأول:

يصح، وهو مذهب الحنفية[1]. . . . .

= وفي توكيل الصبي لغيره.

منع من ذلك المالكية والشافعية.

وذهب الحنفية والحنابلة إلى صحة توكيل الصبي لغيره فيما يملك من التصرفات، كالتصرفات النافعة المحضة، وذلك كتوكيله في قبول الهبة ونحوها

انظر بدائع الصنائع (٦/ ٢٠)، حاشية العدوي مع الخرشي (٦/ ٣٩)، الإقناع للشربيني (٢/ ٣٢٠)، كفاية الأخيار (١/ ٢٧٢)، روضة الطالبين (٤/ ٣٩٧)، كشاف القناع (٣/ ٤٦٣)، الكافي في فقه أحمد (٢/ ٢٤٢).

وإذا علمنا رأي الفقهاء في هذه المسائل فالقانون قد أخذ هذا التقسيم من الفقهاء في الجملة، ففي القانون المدني المصري في مادته (١١٠): ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة.

مادة (١١١):

١- «إذا كان الصبي مميزًا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعًا محضًا، وباطلة متى كانت ضارة ضررًا محضًا.

٢ - أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه، أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقًا للقانون». ويتفق القانون الأردني مع القانون المصري انظر المادة (١١٨) من القانون الأردني.

(١) المبسوط (٢٥/ ٢٠، ٢١)، بدائع الصنائع (٥/ ٣٥) وقال الكاساني (٧/ ١٩٣): =

والمالكية[١]، والحنابلة[٢].

القول الثاني:

وقيل: لا يصح، ولو كان مأذونًا له وهو مذهب الشافعية[٣]، ورواية عن الإمام أحمد[٤].

القول الثالث:

لا يصح إلا إذا اضطر إلى ذلك، كطعام يشتريه ليأكله، وثوب يستر به عورته إذا ضيعه أهل محلته، وهو رأي ابن حزم[٥].

= «وأما شرائط الركن فأنواع منها: أن يكون الإذن لمن يعقل التجارة؛ لأن الإذن بالتجارة لمن لا يعقل سفه، فأما البلوغ فليس بشرط لصحة الإذن، فيصح الإذن للعبد بالغًا كان أو صبيًا بعد أن كان يعقل البيع والشراء...».

وانظر العناية شرح الهداية (١٠/ ٥٠٩)، الجوهرة النيرة (١/ ٢٣٩)، البحر الرائق (٥/ ٢٧٨، ٢٧٩)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٠٥).

(١) الشرح الكبير (٣/ ٢٩٤)، الشرح الصغير (٣/ ٣٨٤)، مواهب الجليل (٥/ ٦٠، ٦١)، حاشية الدسوقي (٣/ ٥، ٦)، الخرشي (٥/ ٨)، الشرح الصغير (٣/ ٣٨٤)، منح الجليل (٤/ ٤٣٨)، شرح الزرقاني على مختصر خليل (٣/ ٧).

(٢) الإنصاف (٤/ ٢٦٧)، الكافي (٢/ ١٩٥)، كشاف القناع (٣/ ١٥١، ٤٥٧)، المبدع (٤/ ٨)، المغني (٤/ ١٦٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٧).

(٣) الشافعية منعوا بيع الصبي مطلقًا، سواء كان الصبي مميزًا أو غير مميز، باشر بإذن الولي أو بغير إذنه، حتى بيع الاختبار لا يجوز أن يتولى الصبي فيه البيع، وإنما يفوض إليه الاستيام، وتدبير العقل، فإذا انتهى الأمر إلى اللفظ أتى به الولي.

انظر روضة الطالبين (٣/ ٣٤٤)، المجموع (٩/ ١٨٥)، الوسيط (٣/ ١٢)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ١٢)، نهاية المحتاج (٣/ ٣٨٦)، حاشيتا قليبوبي وعميرة (٢/ ١٩٥).

(٤) قال ابن قدامة في المغني (٤/ ١٦٨): «ويصح تصرف الصبي المميز بالبيع والشراء فيما أذن له الولي فيه في إحدى الروايتين.... والثانية: لا يصح حتى يبلغ..».

(٥) المحلى، مسألة (٥٠٨).

وهذا القول يرجع إلى رأي الشافعية، لأن الاضطرار يبيح المحظورات.

❑ دليل من قال: يصح عقده بإذن وليه.

الدليل الأول:

الأصل في البيع الحل، قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، فأطلق الله الحل من غير فصل بين أن يتولاه بالغ أو صبي.

الدليل الثاني:

قال تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٢].

وقال تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

وجه الاستدلال:

في الآية الأولى أمر الله بدفع أموال اليتامى إليهم، فلولا أن تصرفه معتبر شرعًا لما كان للأمر بدفع الأموال فائدة؛ لأن دفع المال إليهم يمكنهم من التصرف فيه، وذلك إنما يكون عند الاختبار.

وسماهم يتامى، واليتيم: اسم للصغير الذي لم يبلغ.

وفي الآية الثانية: أمرنا بابتلائهم وهم أيتام، ومعنى الآية:

اختبروهم لتعلموا رشدهم، وإنما يتحقق ذلك بتفويض التصرف إليهم في البيع والشراء، ومد الاختبار إلى البلوغ بلفظ ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ﴾ [النساء: ٦]، وهذا الاختبار إنما يحصل إذا أذن له في البيع والشراء.

واعترض على هذا الاستدلال:

الاعتراض الأول:

قيل: إن تسميتهم يتامى في الموضعين إنما هو باعتبار ما كانوا متصفين به قبل البلوغ؛ إذ لا يُتم بعد البلوغ إجماعًا، ونظيره قوله تعالى: ﴿وَأُلْقِيَ ٱلسَّحَرَةُ سَٰجِدِينَ﴾ [الشعراء: ٤٦]، يعني: الذين كانوا سحرة ؛ إذ لا سحر مع السجود لله(١).

وأجيب عنه:

بأن الله لما أمر باختبارهم مد هذا إلى غاية، وهي البلوغ، قال تعالى: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ [النساء: ٦]، فدل على أن الاختبار إنما هو قبل البلوغ.

الاعتراض الثاني:

لا يلزم من الأمر بالابتلاء أن يكون ذلك عن طريق البيع والشراء، فالمراد بالابتلاء اختبار عقله واستبراء حاله، هل له فهم وقدرة في معرفة المصالح والمفاسد، وهذا لا يلزم منه الإذن له بالتصرف، خاصة أن الآية أمرت باختبارهم في الوقت الذي أمرت بعدم دفع المال إليهم إلا بشرطين: البلوغ وإيناس الرشد: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

وإذا ثبت بموجب هذه الآية أنه لا يجوز دفع المال إليهم حال الصغر، وجب أن لا يجوز تصرفه حال الصغر.

وعلى التنزل أنه يدفع إليه جزءًا من ماله ليظهر اختباره، فما المانع أن يفوض

---

(١) أضواء البيان للشنقيطي (١/ ٢٢٠).

إليه السوم حتى إذا بقي الإيجاب ناب عنه وليه، وبهذا نجمع بين القيام بالاختبار، وامتثال الآية بعدم دفع المال إليه إلا بعد البلوغ، وإيناس الرشد(١).

وأجيب:

بأن الاختبار وإن لم يكن نصًا في الأمر بالبيع والشراء، إلا أن البيع والشراء داخلان في الاختبار، ولو كان البيع والشراء ليس داخلًا فيه لقال الله ﷻ: وابتلوا اليتامى إلا في البيع والشراء، فثبت أن قوله ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ﴾ [النساء: ٦]، أمر للأولياء بأن يأذنوا لهم في البيع والشراء(٢).

واختبار اليتيم بما يليق بحاله، فإن كانوا من أهل التجارة، فبأن يعطى من المال ما يتصرف فيه، وإن كان من له ضياع وأهل وخدم كان اختبارهم بأن يعطوا منه ما يصرفونه إلى نفقة عبيدهم وخدمهم وإجرائهم، وسائر مصارفهم حتى تتبين لكم كيفية أحوالهم، وتختبر المرأة في أمر بيتها، وحفظ متاعها، وغزلها، واستغزالها(٣).

الدليل الثالث:

أن هذا البيع صدر من أهله بولاية شرعية فينفذ.

أما كونه صدر من أهله، فلأن الأهلية في الأداء تعني أن يكون الصبي عاقلًا مميزًا، يعلم أن البيع سالب، والشراء جالب، ويعلم الغبن اليسير من الفاحش، وهذا متحقق في الصبي.

وأما كونه صدر بولاية شرعية؛ فلأنه صدر بإذن وليه، والولي له هذا

(١) انظر تفسير الرازي (٩/ ١٥٣).

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر تفسير أبي السعود (٢/ ١٤٥)، تفسير البغوي (١/ ٣٩٤).

التصرف، فكذلك من أذن له، ألا ترى أن الطلاق والعتاق لما لم يملكه الولي لم يملك الإذن به[١].

الدليل الرابع:

(ح-٣٥) ما رواه أحمد، قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا حماد بن سلمة، حدثنا ثابت، قال: حدثني ابن عمر بن أبي سلمة بمنى، عن أبيه، عن أم سلمة من حديث طويل في قصة وفاة أبي سلمة، وخطبة الرسول ﷺ لها، وفي آخره، فقالت أم سلمة: **قم يا عمر، فزوج رسول الله ﷺ**[٢]. [إسناده ضعيف][٣].

---

(١) انظر العناية شرح الهداية (٩/ ٣١١).

(٢) المسند (٦/ ٣١٣).

(٣) لجهالة حال ابن عمر بن أبي سلمة، قال أبو حاتم: لا أعرفه، وما رأيت فيه جرحًا. الجرح والتعديل (٨/ ١٨).

وسكت عليه البخاري. فلم يذكر فيه شيئًا. التاريخ (١/ ١٧٦).

وقال الذهبي: لا يعرف. ميزان الاعتدال (٤/ ٥٩٤).

وفي التقريب: مقبول، يعني إن توبع.

والحديث فيه ألفاظ كثيرة، وبعضها ثبت من طرق صحيحة، وسوف أعنى بتخريج الطريق الذي ورد فيه كلمة (قم فزوج رسول الله ﷺ) لأنها موضع الشاهد، ولن أتعرض للألفاظ الأخرى في الحديث، فأقول: الحديث اختلف فيه على حماد بن سلمة:

فرواه عفان كما في إسناد الباب، وفي الطبقات الكبرى لابن سعد (٨/ ٨٩) عن حماد، عن ثابت، عن ابن عمر، عن أبيه، عن أم سلمة.

وخالفه عبيد الله بن محمد بن حفص العيشي كما في التمهيد لابن عبد البر (٣/ ١٨٦) عن حماد ابن سلمة، عن ثابت، عن عمر بن أبي سلمة، عن أمه أم سلمة بإسقاط ابن عمر.

ورواه موسى بن إسماعيل عن حماد، تارة بذكر ابن عمر بن أبي سلمة كما في مستدرك الحاكم (٤/ ١٧)، وتارة بإسقاطه كما في شرح معاني الآثار للطحاوي (٣/ ١١).

وعفان أثبت أصحاب حماد، فالراجح أن ذكر ابن عمر بن أبي سلمة محفوظ في الإسناد.

ورواه يزيد بن هارون، واختلف على يزيد فيه:

=

ومتنه فيه نكاره، قال ابن عبد الهادي: «وفي هذا الحديث نظر؛ لأن عمر كان له من العمر يوم تزوجها رسول الله ﷺ ثلاث سنين، فكيف يقال له: زوج؛ لأن رسول الله ﷺ تزوجها في سنة أربع، ومات رسول الله ﷺ ولعمر تسع سنين... ولو صح أن يكون الصغير قد زوجها فإن رسول الله ﷺ لا يفتقر نكاحه إلى ولي، قال أبو الوفاء ابن عقيل: ظاهر كلام أحمد أنه يجوز أن يتزوج رسول الله ﷺ بغير ولي؛ لأنه مقطوع بكفاءته»(١).

الدليل الخامس:

عمل الناس إلى اليوم، ما زالوا يرسلون صغارهم ليشتروا حاجات البيت، من المخبز والبقالة من غير نكير.

❑ دليل من قال: لا يصح بيعه وشراؤه.

الدليل الأول:

قال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا﴾ [النساء: ٥].

= فرواه الحاكم في المستدرك (٢/ ١٧٨، ١٧٩) وعنه البيهقي (٧/ ١٣١) من طريق سعيد ابن مسعود، عن يزيد بن هارون، عن حماد بن سلمة به، بإسقاط ابن عمر بن أبي سلمة.
وتابعه على ذلك علي بن شيبة كما في شرح معاني الآثار للطحاوي (٣/ ١١).
وخالفهما جماعة: فرواه إبراهيم بن الحجاج السامي، كما في مسند أبي يعلى (٦٩٠٧)، وصحيح ابن حبان (٢٩٤٩)، وسنن البيهقي (٧/ ١٣١)، والآحاد والمثاني (٦٨٥).
ويعقوب بن إبراهيم الدورقي، كما في صحيح ابن حبان (٢٩٤٩).
ومحمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن علية كما في المجتبى للنسائي (٣٢٥٤)، والسنن الكبرى له (٥٣٩٦) كلهم رووه عن يزيد بن هارون، عن حماد، بذكر ابن عمر بن أبي سلمة.
وقد رجح أبو زرعة وأبو حاتم زيادة ابن عمر بن أبي سلمة في الإسناد. انظر العلل لابن أبي حاتم (١/ ٤٠٥).

(١) تنقيح التحقيق (٣/ ١٥٩).

وجه الاستدلال:

أن الله ﷻ نهى أن نؤتي السفيه أموالنا، ولم يخصص سفيهًا دون سفيه، فيعم كل سفيه، سواء كان صبيًا أم كبيرًا، ذكرًا أم أنثى، ثم بين الله ﷻ في الآية التي بعدها متى ندفع الأموال إليهم ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، ففهم من الآية أن أموالهم لا تدفع إليهم قبل تحقق الشرطين: البلوغ، والرشد، فمن دفع إليهم أموالهم قبل ذلك فقد خالف الآية.

وقد سبق الجواب عن هذه الآية في أدلة القول الأول، فارجع إليه إن شئت.

الدليل الثاني:

قال تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وجه الاستدلال:

أن الله أمر ولي السفيه أن يباشر التصرف عنه، فلو كان تصرفه مباحًا لباشر التصرف بنفسه، وليس عن طريق وليه، والسفيه مطلق سواء كان مميزًا أم غير مميز لا فرق في الحكم، فمن قيد ذلك فعليه الدليل.

ويجاب:

بأن إذن الولي كاف في صحة مباشرته لبعض التصرفات، وقد قامت الأدلة السابقة في الدلالة على أن المميز له أن يباشر بعض التصرفات بنفسه بإذن وليه.

الدليل الثالث:

(ح-٣٦) ما رواه أحمد من طريق همام، عن قتادة، عن الحسن البصري، عن

علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: **رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ، وعن المعتوه أو قال: المجنون حتى يعقل، وعن الصغير حتى يشب**[١].

وفي رواية: **وعن الصغير حتى يبلغ**[٢].

[إسناده منقطع، ورجح الترمذي، والنسائي، والدارقطني وقفه، وقد سبق بحثه][٣].

قال النووي: «وجه الدلالة منه أنه لو صح البيع لزم منه وجوب التسليم على الصبي - يعني تسليم المعقود عليه - وقد صرح الحديث بأن الصبي لا يجب عليه شيء، وقيل: وجه الدلالة منه أن مقتضى الحديث إسقاط أقواله وأفعاله»[٤].

وأجيب:

بأن الحديث في رفع الإثم فقط، ولذلك الحديث لا يمنع أن يتحمل الصغير قيمة ما يتلفه من الأموال، وهناك فرق بين خطاب الشرع، وبين خطاب الوضع، ووجوب التسليم إنما هو من خطاب الوضع لترتبه على استيفاء العقد أركانه وشروطه، والصبي أهل لخطاب الوضع.

الدليل الرابع:

العلة في الحجر على الصبي هو ضعف عقله، وإذن الولي لا يرفع العلة.

---

(١) المسند (١/ ١١٨).

(٢) المسند (١/ ١١٦).

(٣) انظر رقم (٧٩٢) من كتاب الوضوء من موسوعة أحكام الطهارة للمؤلف.

(٤) المجموع (٩/ ١٨٢).

وأجيب:

بأن العلة في الحجر على الصبي هو تردد عقله بين الضعف والقوة، وليست العلة ضعف العقل، فلا يحكم على شخص بضعف عقله لصغره، فكم من صغير مميز أقدر وأذكى من كبير بالغ، وإذن الولي ترجيح لجانب القوة على الضعف، ولهذا أمرنا باختباره لنرى هل يترجح لديه القوة أو الضعف(١).

الدليل الخامس:

العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به التصرف; لخفائه، وتزايده تزايدًا خفي التدريج، فجعل الشارع له ضابطًا، وهو البلوغ، فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة(٢).

ويجاب:

بأن معرفة ذلك ليست صعبة، فيمكن إدراك ذلك عن طريق التجربة، ومعرفة نتائج تصرفاته، كما يعلم ذلك في حق البالغ عند دفع المال إليه، فلا بد من تحقق وصف الرشد لديه قبل دفع ماله كله إليه.

❑ الراجح:

بعد استعراض الأقوال وأدلتها نجد أن القول بجواز تصرفات الصبي إذا أذن له الولي أقوى دليلًا، وعليه عمل الناس اليوم، والله أعلم.

---

(١) انظر الهداية مع تكملة فتح القدير للمرغياني (٩/ ٣١١، ٣١٢).
(٢) المغني (٤/ ١٦٨).

المسألة الثالثة
في تصرف الصبي المميز من غير إذن وليه

قال السرخسي: الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء(١).

[م - ٨٤] إذا باع الصبي أو اشترى من غير أن يأذن له وليه بذلك، فهل يصح تصرفه مطلقًا، أو يبطل مطلقًا، أو يكون موقوفًا على إجازة الولي؟

في ذلك خلاف بين أهل العلم:

فقيل: يصح تصرفه، ويكون موقوفًا على إجازة الولي، وهو مذهب أبي حنيفة(٢)، والمالكية(٣).

وقيل: لا يصح إلا أن يكون مبنيًا على إذن سابق من الولي، وهو مذهب الحنابلة(٤).

وقد تقدم مذهب الشافعية في الفصل السابق، وأنهم يمنعون الصبي من التصرف مطلقًا، سواء كان مأذونًا له أم لا، وسواء كان مميزًا أم غير مميز، وسواء في بيع الاختبار وفي غيره(٥).

---

(١) المبسوط (٥/ ١٩).

(٢) قال الكاساني في بدائع الصنائع (٧/ ١٧١): «وأما الصبي العاقل فتصح منه التصرفات النافعة بلا خلاف، ولا تصح منه التصرفات الضارة المحضة بالإجماع، وأما الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء والإجارة ونحوها فينعقد عندنا موقوفا على إجازة وليه، فإن أجاز، جاز، وإن رد بطل».

(٣) مواهب الجليل (٥/ ٦٠، ٦١).

(٤) كشاف القناع (٣/ ٤٥٨)، قال ابن قدامة في المغني (٤/ ١٦٨): «أما إن تصرف بغير إذن وليه لم يصح تصرفه، ويحتمل أن يصح ويقف على إجازة وليه».

(٥) انظر العزو إلى كتبهم في المسألة السابقة، وقد ذكرت أدلتهم مع مناقشتها.

□ دليل الحنفية والمالكية على صحة تصرفه بشرط إجازة وليه.

الدليل الأول:

الحجر على الصبي إنما هو لمصلحته خوفًا من ضياع ماله، فإذا تصرف تصرفًا بغير إذن وليه كان موقوفًا على إجازة من له النظر في ذلك، فإن رأى أن في هذا التصرف سدادًا وغبطة له كانت الإجازة من مصلحته، فلا ينبغي أن يكون الحجر سببًا في الإضرار به، وهو لم يعقد إلا لمصلحته.

الدليل الثاني:

القياس على تصرف الفضولي، فإذا كان الإنسان إذا تصرف في مال غيره كان مبنيًا على إجازة المالك، فكذلك هذا التصرف، غاية ما فيه أنه تعدى على حق الولي في عدم أخذ الإذن منه، وهو أخف من تصرف الفضولي فإن في تصرف الفضولي تعديًا على مال الغير بالتصرف فيه بدون إذن صاحبه، ومع ذلك كان موقوفًا على الإجازة على الصحيح كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى، فينبغي أن يكون هذا التصرف أولى بالإجازة، لأن المال مال الصبي، والحظ سيكون له، بخلاف تصرف الفضولي، وحق الولي في أخذ الإذن منه محفوظ في كون العقد سيبقى موقوفًا إلى حين نظر الولي في هذا التصرف، هل هو من مصلحة الصبي فينفذ، أو ليس من مصلحته فيرد.

الدليل الثالث:

إذا كنا نصحح تصرفه بالإذن ابتداء، فينبغي أن نصحح تصرفه بالإجازة انتهاء؛ لأن الإجازة إذن إلا أنها تأتي بعد تمام العقد، والعلة التي جعلنا نشترط إذن الولي هو حفظ مال الصغير، وهذا يتحقق في إجازة الولي بعد العقد.

❑ تعليل الحنابلة بأن التصرف باطل.

ذكر الحنابلة بأن الصبي إذا لم يؤذن له في التصرف كان محجورًا عليه، وتصرفات المحجور عليه باطلة غير صحيحة قياسًا على السفيه[١].

ويجاب:

بأن الحجر تارة يكون لحظه، وتارة يكون لحظ غيره، فتصرفات المحجور عليه في ماله إن كان الحجر لحظ غيره كالمحجور عليه لفلس، فالحكم عليها بالبطلان ظاهر، ولكن إن كان الحجر عليه إنما هو لمصلحته، وكان في تصرفه غبطة وسداد، فكيف يلغى؟ أليس هذا إضرارًا بالصبي، وليس من قبيل المحافظة على ماله؟

❑ الراجح:

بعد استعراض أدلة الفريقين نجد أن القول بصحة تصرفه بعد إجازة وليه هو القول الصحيح.



(١) كشاف القناع (٣/ ٤٥٨).

المبحث الثالث
في تصرفات المجنون

[م - ٨٥] ذهب عامة الفقهاء إلى أن بيع المجنون لا ينعقد(١).

قال النووي: «وأما المجنون فلا يصح بيعه بالإجماع»(٢).

وقال ابن بزيزة المالكي: «لم يختلف العلماء أن بيع الصغير والمجنون باطل لعدم التمييز»(٣).

ولأن المجنون أقواله وأفعاله ملغاة، لا اعتداد بها شرعًا، فلا تصح بهما عبادة، ولا تجب بهما عقوبة، ولا ينعقد معهما بيع أو شراء.

وإذا لم تصح عبادته التي هي محض نفع لا ضرر فيها، فلأن لا يصح بذله المال من باب أولى؛ لكونه قد يتضرر من هذا التصرف.

ولأن العقل إذا فُقِد لم يصح منه قصدٌ (النية)، فكيف يقع منه الإيجاب والقبول، ولم يقع منه رضا، وهو شرط أساسي في صحة البيع(٤).

---

(١) البحر الرائق (٥/ ٢٧٨)، بدائع الصنائع (٥/ ١٣٥)، مواهب الجليل (٤/ ٢٤١) الشرح الصغير (٣/ ١٧)، الخرشي (٥/ ٨)، حاشية الدسوقي (٣/ ٥)، شرح الزرقاني على مختصر خليل (٣/ ٧)، المجموع (٩/ ١٨١)، البيان (٥/ ١١)، الوسيط (٣/ ١٢)، نهاية المحتاج (٣/ ٣٨٦)، كشاف القناع (٣/ ١٥١)، المبدع شرح المقنع (٤/ ٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٧).

(٢) المجموع (٩/ ١٨١).

(٣) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١٧).

(٤) تبيين الحقائق (٥/ ١٩١)، وجاء في مواهب الجليل (٤/ ٢٤١): «الركن الثاني: العاقد، وشرطه التمييز، فلا ينعقد بيع غير المميز لصغر أو جنون أو إغماء...» وانظر حاشية الدسوقي (٣/ ٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦).

وقال الكاساني في بدائع الصنائع: «وأما شرائط الانعقاد فأنواع، بعضها يرجع إلى العاقد، وبعضها يرجع إلى نفس العقد... أما الذي يرجع إلى العاقد فنوعان: أحدهما: أن يكون عاقلًا، فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأن أهلية المتصرف شرط انعقاد التصرف، والأهلية لا تثبت بدون العقل، فلا يثبت الانعقاد بدونه، فأما البلوغ فليس بشرط...»(١).

وقال ابن عرفة: «عقد المجنون حين جنونه ينظر له السلطان في الأصلح في إتمامه أو فسخه، إن كان مع من يلزمه عقده»(٢).

ونقل هذا الكلام الحطاب في مواهب الجليل وأشار إلى أنهم أخذوا هذا الحكم من قوله «من جن في أيام الخيار نظر له السلطان»(٣).

ثم انتقد هذا المأخذ قائلًا: «في استشهاده بمسألة المدونة نظر؛ لأن الجنون إنما طرأ بعد العقد».

فتبين أن هناك فرقًا بين المقيس والمقيس عليه، فكيف يسوي بين بيع من جن في أيام الخيار، وقد عقد العقد في أهلية كاملة وبين من عقد العقد، وهو مجنون لا يعلم ما يقول، لاشك أن بينهما فرقًا شاسعًا.



(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٥).
(٢) التاج والإكليل (٤/ ٢٤٤).
(٣) مواهب الجليل (٤/ ٢٤٤).

المبحث الرابع
في بيع المعتوه

☐ تعريف المعتوه(١):

قيل في تعريفه: آفة توجب الاختلال بالعقل، بحيث يصير مختلط الكلام، فاسد التدبير، إلا أنه لا يضرب، ولا يشتم(٢).

[م - ٨٦] وقد وقع خلاف في بيع المعتوه:

فالحنفية لا يفرقون بين حكم الصبي المميز وبين المعتوه، فيصححون تصرفه بإذن وليه.

جاء في مجلة الأحكام: «المعتوه في حكم الصغير المميز»(٣).

وذكر ابن نجيم في البحر الرائق أن المعتوه كالصبي العاقل(٤).

وقال أيضًا: «بيع المعتوه كبيع الصبي العاقل موقوف - يعني على إجازة الولي(٥).

---

(١) جاء في اللسان (١٣/ ٥١٢): « (عته) التَّعَتُّه التَّجَنُّنُ والرُّعُونةُ... وقيل التَّعَتُّه: الدَّهَشُ وقد عُتِهَ الرجلُ عَتْهًا وعُتْهًا وعُتَاهًا، والمَعْتُوه المَدْهُوشُ من غير مَسِّ جُنُونٍ. والمَعْتُوه والمَخْفُوقُ: المجنونُ. وقيل: المَعْتُوه الناقصُ العقل، ورجل مُعَتَّهٌ إذا كان مجنونًا مضطربًا في خَلْقِه، وفي الحديث رُفِعَ القَلَمُ عن ثلاثة الصبي، والنائم، والمَعْتُوه. قال هو المجنون المُصاب بعقله، وقد عُتِهَ فهو مَعْتُوه...».

(٢) البحر الرائق (١/ ٤١).

(٣) انظر مادة (٩٧٨).

(٤) البحر الرائق (١/ ٤١).

(٥) البحر الرائق (٦/ ٧٦) و (٨/ ١٢١، ١٢٢) وانظر حاشية ابن عابدين (٦/ ١٧٣)، المبسوط للسرخسي (٢٤/ ١٨٠)، (٢٥/ ٤٠).

وأما المالكية فتارة يعتبرونه كالمجنون، وتارة يعتبرونه ضعيف العقل.

جاء في التاج والإكليل: «وقد تقدم قول مالك: يعيد من ائتم بمعتوه. قال ابن رشد: لأن المعتوه لا تصح منه نية، فوجب أن يعيد مأمومه أبدًا»(١).

وقال اللخمي: والمعتوه كالمجنون(٢).

وجاء في مواهب الجليل: «وقال ابن رشد: الأغلف هو الذي لم يختن، والمعتوه: الذاهب العقل»(٣).

وجاء فيه أيضًا: «ولا يجب - يعني الحج - على صبي، ولا مجنون، ولا معتوه. انتهى. قال في الشرح: إن كان مراده بالمعتوه المجنون، وهو الذي فسره به ابن رشد في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الصلاة، فقال: المعتوه: الذاهب العقل، لا يصح منه نية يعيد من ائتم به أبدًا، فلا يصح عطفه عليه، وإن كان مراده به ضعيف العقل، كما هو الغالب في استعمالهم، فالظاهر أن الحج لا يسقط عنه»(٤).

وجاء في الشرح الصغير: «ولا تصح - يعني الإجارة - من مجنون ومعتوه ومكره»(٥).

وأما الحنابلة فلم يستخدموا هذا التعبير في كتبهم في البيع خاصة، واستخدموا بدلًا منه حكم بيع السفيه، وهو أعم من المعتوه، إلا أنهم في باب

---

(١) التاج والإكليل (٢/ ١٣٦).
(٢) مواهب الجليل (٤/ ٤٣).
(٣) مواهب الجليل (٢/ ١٠٥).
(٤) المرجع السابق (٢/ ٤٨٩).
(٥) الشرح الصغير (٤/ ٧).

الطلاق فرقوا بين طلاق الصبي المميز، وبين طلاق المعتوه، فصححوا الأول دون الثاني، وهذا ذهاب منهم إلى أن الصبي المميز يدرك ما لا يدرك المعتوه[(١)].

وقال ابن قدامة في تعريف المعتوه: «وهو زائل العقل بجنون مطبق»[(٢)].

وفي باب الحضانة ذكر ابن قدامة أن الغلام يخير بين أبويه، واستثنى المعتوه فإنه يبقى عند أمه، ولا يخير؛ لأنه بمنزلة الطفل وإن كان كبيرًا، وهذا أيضًا ذهاب منهم إلى أن العته أشد من الصبي المميز[(٣)].

فعلى هذا يمكن أن يقال: إن الحنابلة لا يصححون بيع المعتوه، والله أعلم.

والمدار على التمييز، فإن كان مع العته تمييز صار بمنزلة الصبي المميز، وإن كان ليس معه تمييز كان بمنزلة الصبي غير المميز، لا يصح بيعه ولا شراؤه، والله أعلم.



(١) الكافي في فقه الإمام أحمد (٣/ ١٦٤)، المبدع (٧/ ٢٥١).
(٢) المغني (٧/ ٣٨).
(٣) المغني (٨/ ١٩٢).

فهرس المحتويات

